القوة التنفيذية للأحكام

دراسة مقارنة فى قانون المرافعات
لمراحل تكوين قوة الأحكام وتطورها
التشريعى ونطاق تطبيقها ومفترضات
قوة الأحكام التنفيذية والقوة التنفيذية
العادية والوقتية

دكتور

إبراهيم أمين النفياوى

كلية الحقوق - جامعة المنوفية

الطبعة الثانية

طبعة منقحة ومزودة بأحدث الآراء وطبقا لأحدث التشريعات



مُقَدِّمَة

١ = النشـاط القضـائى غايـته حمايـة الـنظام القـانونى ، فأعمـال الوظيفة القضـائية شاغلها الأساسـى[١]، مواجهة أى ظاهرة تشكل إهدارا لقواعد القانون أو الخروج عليها ، ذلك أن من خصائص القاعدة القانونية أنها قاعدة ملزمة يتعين احترامها ، وأن مخالفتها تؤدى إلى توقيع الجزاء علـى المخـالف[٢]، مـن أجل ضـمان تطـبيقها ونفاذهـا ، وهـذا هـو محـور النشـاط القضـائى حيث يناط بالقضـاء إزالـة أى عـارض يحـول دون نفاذ وتطبيق هذه القواعد[٣]. ولهذا فـإن القضـاء يعد ركنا فى قانونية النظام،

---

(١) وقع الخلاف حول معيار تمييز الوظيفة القضائية عن غيرها من وظائف الدولة الأخرى وخاصة الوظيفة التنفيذية ، ويمكن التمييز بين اتجاهين أساسين فى هذا الصدد أحدهما شكلى يعتمد على العناصر الشكلية فى الوظيفة القضائية ، سواء فى صورة العضو القائم بالعمل ، أو فى صورة إجراءات استصداره أو الآثار التى تترتب عليه. والآخر موضوعى يعتمد على طبيعة العمل ذاته ، للتعرف على طبيعته أو مكوناته الجوهرية ، إما عن طريق البحث فى عناصر العمل أو البحث عن غايته. أو يعتمد على فكرة إزالة عوارض النظام القانونى التى تحول دون نفاذ وتطبق قواعد القانون. أنظر : عرضا مفصلا لهذه النظريات فى الفقه المصرى. وجدى راغب: النظرية العامة للعمل القضائى ص ١٩ وما يليها وفى الفقه الفرنسى.

H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, t. 1, 1961, n° 468, p. 428 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, n° 77, p. 83.

(٢) أنظر: فتحى والى: التنفيذ الجبرى رقم ٥ ص ١٠ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ١٥ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ التنفيذ رقم ٢٨ ص ٣٠ ؛ محمود هاشم: قواعد التنفيذ رقم ١٥ ص ١٣.

(٣) كان للفقه الحديث الفضل فى إبراز فكرة العوارض القانونية كمعيار لتمييز الوظيفة القضائية ، وقد حصر الفقيه الفرنسى " بونار " هذه العوارض فى عارض واحد هو المنازعة إلا أنه ثبت لأنصار هذه النظرية أن عوارض الحياة القانونية عديدة لا تتوقف عند المنازعة ، فالمنازعة ليست سوى مظهر على العارض ، المتمثل فى ظاهرة تجهيل مركز قانونى معين ، حيث يوجد عارض الخوف من التأخير وعدم تطابق المراكز الواقعية مع قواعد القانون والقصور القانونى. أنظر فى الفقه المصرى. وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٩٣ وما يليها ؛ محمود هاشم: قانون القضاء ج١ ص ٤٩ ؛ أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التى تحوز الحجية رقم ١٥ وما يليه ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات ١٩٨٦ رقم ٢٩٦ ص ٣١٧. وفى الفقه الفرنسى.

R. BONNARD, La conception matériel de la fonction juridictionnelle, Mélangés R. Carré de Malberg, Paris 1933, p. 5 – 29.

فلا قانون بلا قاض ، ودور القضاء ليس دورا عاديا فى حياة القانون ، وإنما هو دور استثنائى علاجى ، يلزم عند وقوع أى خلل فى دورة حياة القانون[٤]، بحيث يتدخل لإعادة الأمور إلى نصابها وإصلاح ما وقع من خلل ، برد العدوان عن الحقوق والمراكز القانونية المختلفة أو توقى خطر وقوعه.

٢= والحفاظ على القانون كغاية يسعى القضاء لإدراكها ، فإن نشاطه لا بد أن يواكب مختلف عوارض القانون ، ونظرا لتعدد هذه العوارض واختلاف طبيعة كل عارض ، فإن أعمال الوظيفة القضائية لابد أن تتعدد هى الأخرى لاختلاف طرق مواجهتها ، فإذا تمثل العارض فى ظاهرة التجهيل القانونى للحقوق والمراكز القانونية ، فإن ذلك يستدعى تدخلا قضائيا ، لتأكيد وجود هذه الحقوق والمراكز وإزالة ما يلابسها من تجهيل فى صورة حماية قضائية موضوعية ، وإذا تمثل فى ظاهرة الخشية من خطر التأخير ، فإن ذلك يستدعى تدخلا قضائيا وقائيا ، بقصد تلافى ما قد يقع من أضرار ، فى صورة حماية قضائية وقائية" préventif "مضمونها مجموعة من التدابير المانعة من وقوع الضرر[٥]، وإذا تمثل فى ظاهرة القصور القانونى الذى يعتور بعض

(٤) أنظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء المدنى ـ١٩٨٧ ص ٣٣.

(٥) تمثل الوظيفة الجزائية النشاط الأصيل للقضاء ، حيث يتدخل لإزالة ما وقع من أضرار ، أما الوظيفة الوقائية التى تتجه إلى منع وقوع الضرر ، فقد كانت محلا للانتقاد ، باعتبار أن هذا العمل يتجاوز الوظيفة القضائية ويدخل فى عمل رجال الأمن والشرطة ، ومن هذا المنطلق فإن الالتجاء إلى الوسائل الوقائية فى القانون المصرى ، من وجهة النظر التقليدية ، لا يجوز سوى فى الحالات التى يجيز فيها القانون مثل هذا النوع من التدخل ، كدعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى البطلان. إلا أن الاتجاه الحديث يرى أن الوظيفة القضائية لا تقتصر على الحماية الجزائية ، فالقضاء له دور هام من الناحية الوقائية ، فالوقاية خير من العلاج ، مستندا فى ذلك ، إلى أنه فى حالة الضرر المحتمل ، فإنه توجد حاجة إلى الحماية القضائية للوقاية من هذا الضرر وهذه الحاجة تمثل مصلحة قائمة وحالة ، لأن الضرر رغم احتماله ، فإنه يثير الخوف وعدم الطمأنينة ، ولهذا تتوافر مصلحة فى إزالة هذا الخوف. وتتنوع صور الحماية الوقائية ، فمنها الحماية الوقتية التى تواجه خطر التأخير ، باتخاذ مجموعة من التدابير لمواجهة هذا الخطر

الإرادات الخاصة ويحول بينها وبين إحداث الأثر القانوني ، فإن ذلك يستدعي تدخلا قضائيا في صورة حماية قضائية ولائية ، تضفي على الإرادة القوة القانونية المطلوبة[٦]. وإذا تمثل في ظاهرة الخروج على القانون في صورة اعتداء واقعي وحال على الحقوق والمراكز الثابتة ، يضعها في وضع مخالف لما يجب أن تكون عليه قانونا ، فإن ذلك يستدعي تدخلا قضائيا في صورة حماية تنفيذية ، لإحداث التغيير اللازم في مراكز الأطراف من الناحية الواقعية ، وإزالة ما وقع من تعد على الحقوق[٧].

٣ = وفي كل صورة من صور الحماية ، فإن سعي القضاء نحو وضع حد لمختلف عوارض القانون لا يكون على أي نحو ، وإنما عن طريق فرض الحل العادل وفقا للقانون[٨]. وفرض الرأي القضائي والإلزام به يعد سمة أساسية لأعمال القضاء وصفة ملازمة لها ، وبه يتحقق حماية النظام القانوني بفرض الحلول التي تتطابق مع إرادة القانون ، لضمان الاستقرار وتأكيد الثقة في أعمال القضاء وفي الجهاز القضائي بأسره ، لأنه لا استقرار بمعزل عن العدل وبتوافر الثقة في صحة وعدالة ما يصدر عن القضاء من أعمال[٩].

كدعوى الحراسة القضائية. ومنها الحماية الموضوعية التي تتجه إلى تحقيق اليقين القانوني في صورة الأحكام التقريرية. ومنها الحماية التهديدية في صورة الحكم التهديدي من أجل التغلب على عناد المدين ودفعه إلى تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا اختياريا. وقد تأيد هذا الاتجاه تشريعيا في المادة ٣ من قانون المرافعات ، التي تكتفي بالمصلحة المحتملة ، إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. أنظر: وجدي راغب: مبادئ القضاء ص ١٠٥، والقضاء الوقتي في قانون المرافعات – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٥ ص ١٦٦.

(٦) نازع جانب من الفقه الصفة القضائية لأعمال القضاء الولائية ، من منطلق أنها أعمال لها الصفة الإدارية . أنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٢٤ ص ٢٨ ؛ محمد وعبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات ج٢ ص ١٠٣٨ ص ٦٤٣ ؛ فتحي والي : الوسيط رقم ١٦.

(٧) أنظر: محمود هاشم: قواعد التنفيذ رقم ٥ ص ١٣؛ أحمد ماهر زغلول : أصول التنفيذ رقم ٣ ص ١٠.

(٨) أنظر: وجدي راغب: مبادئ القضاء ص ٣٣ ؛ محمود هاشم : قانون القضاء ص ٥٢.

(٩) أنظر: أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها رقم ١٤ ص ٢٨.

٤ = وتصدر قرارات القضاء طبقا للتنظيم الإجرائى المقرر فى قانون المرافعات ، الذى يتولى بيان وسائل مباشرة القضاء لنشاطه وكيفية إصداره لقراراته ، من أجل تيسير عمل القضاة والمتقاضين ، وحتى لا تترك هذه المسالة لمحض تقدير القائمين على أمر العدالة ، منعا للتحكم وضمانا لحرية الدفاع(١٠). وتصدر أعمال القضاء فى القانون المصرى إما فى شكل الحكم أو فى شكل الأمر(١١)، فكلما كان تدخل القضاء يقتضى إثارة خصومة قضائية ، تتم بالمواجهة بين الخصوم ووسيلتها الدعوى القضائية ، فإن القرار الفاصل فيها يكون فى شكل الحكم(م١٦٦ : ١٨٣ مرافعات). وعندما يكون تدخل القضاء لا يحتاج إلى خصومة قضائية ، حيث تجرى الإجراءات دون دعوة الطرف الآخر ودون حاجة لسماع أقواله ، فإن ما يصدر عن القضاء من قرارات فى هذه الحالة يكون فى شكل الأمر(الأوامر على عرائض المواد١٩٤ : ٢٠٠ مرافعات ، أوامر الأداء المواد٢٠١ : ٢١٠ مرافعات).

---

(١٠) أنظـــــــر:

VINCENT et GUINCHARD, Procédure civile, n° 7, p. 13.

(١١) لا ينظم قانون المرافعات المصرى شكلا إجرائيا واحدا لأعمال القضاء فهذه الأعمال تصدر بصفة أساسية فى أحد شكلين ، إما فى شكل الحكم أو فى شكل الأمر. وإذا كانت أعمال الحماية الموضوعية تصدر كقاعدة فى شكل الحكم ، فإنها قد تصدر فى شكل الأمر ، كما هو الحال فى أوامر الأداء. وأعمال الحماية المستعجلة تصدر فى شكل الحكم ، لكنها قد تصدر فى شكل الأمر على عريضة وكذلك الحماية الولائية ، فإنها تصدر كقاعدة فى شكل الأمر ، لكن القانون يسمح بصدورها كذلك فى شكل الحكم ، أما الحماية التنفيذية ، فإنها أعمال مادية هدفها تحقيق الوفاء بالدين جبرا. أنظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٣٦ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٥٨.

وتصدر أعمال الحماية القضائية فى القانون الفرنسى فى أربعة أشكال ، شكل الحكم ومحضر الصلح وشكل الأمر وهو على نوعين الأمر على عريضة'' ordonnance sur requite'' والأمر المستعجل'' ordonnance de référé''. أما القانون الإيطالى فإنه يميز بين ثلاثة أشكال لأعمال القاضى م ١٣١ مرافعات ، شكل الحكم وشكل الأمر وشكل القرار ، وإذا لم يحدد القانون شكلا معينا ، فإن العمل يصدر فى الشكل الذى يتفق مع غايته. أنظرفى هذا الموضوع: محمود هاشم: استنفاد الولاية ص ٢٠٤.

٥ = لكن القرار القضائى أيا كان شكل إصداره ليس غاية فى حد ذاته ، وإنما هو وسيلة لتحقيق الاستقرار للحقوق والمراكز القانونية ، ولا يكون له ذلك ، ما لم يكن له من القوة ما يكفى لفرض مضمونه والإلزام به. وقد اعتمد التنظيم الإجرائى فى قانون المرافعات لتحقيق هذا الغرض ، خطة أساسها التدرج فى تحقيق فاعلية ما يصدر فى الخصومة من أحكام ، قوامها ثلاثة مراحل قد تكون متعاقبة أحيانا تتلو الواحدة منها الأخرى ، وقد تتزامن بعض هذه المراحل فى أحيان أخرى ، واعتمد لكل مرحلة وسيلة خاصة بها ، تزود الحكم بقوة حتى درجة معينة ، وتمهد لمرحلة أخرى يتزود فيها الحكم بقوة إضافية أكبر.

٦ = وقد اهتم هذا التنظيم فى المرحلة الأولى من حياة الحكم بتزويده بفاعلية تحقق وجوده من الناحية القانونية ، لكى يستوى قائما فى مواجهة القاضى الذى أصدره ، فلا يكون له المساس به أو الرجوع عنه وتتسم هذه الفاعلية بالعمومية ، ذلك لأنها تطول الحكم أيا كان موضوعه أو طبيعته. وقد أسند القانون مهمة تحقيق هذا الوجود إلى قاعدة الاستنفاد " dessaisissement du juge " أى استنفاد ولاية القاضى[١٢]. ومفاد هذه القاعدة أنه متى أصدر القاضى حكمه فى المسألة التى طرحت عليه ، فإنه يكون قد استنفد ولا يته بشأنها على نحو يحول بينه وبين القرار الذى أصدره ، إلغاء أو تعديلا أو حذفا أو إضافة ،

---

(١٢) أنظر فى هذا الموضوع: محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد ج٢ رقم ١١٠٢ ص ٧٢٣ ؛ أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٥٥٨ ص ٧٤٠ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٨٣ ص ١٣٥ ؛ وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٥٩٨ ؛ أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ٤٧٨ ص ٦٤٦ ؛ محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى المدنى ـ المحاماة ـ س ٦١ عدد ١ ، ٢ ص ٢٨ ، قانون القضاء ج٢ ص ٣٠٥ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٣٢٩ ص ٣٥٦ ؛ أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها رقم ٥ ص ١٢. وفى الفقه الفرنسى.
VINCENT et GUINCHARD, Proc. civ., n° 91, p. 99; P. CUCHE et J.VINCENT, Proc. civ., n° 69, p.75.

سوى فـى الحـدود المقررة قانونـا[١٣]. ويترتـب علـى هذه القـاعدة تقيـيد سـلطة القاضــى فـى الـرجوع عـن الحكـم أو المسـاس بـه وتقيـيد سـلطة الخصـوم كذلك ، فـلا يكون لهم إثارة المسـألة التى فصل فيها الحكم مرة أخرى ، لاستنفاد القاضى ولا يته بشأنها.

٧ = وتـرجع هذه القـاعدة فى أصـل نشـأتها إلى القانون الرومانى[١٤] فمتى أصـدر القاضى حكمـه فقد استنفد قضـاءه'' lata sententia judex desinit esse judex '' وتسـتند إلـى مبدأ عدم جواز تكرار الإجراءات أمـام القاضـى ، فـى خصـوص المسـألة الواحدة ، توصـلا إلـى الحكـم فيها مرتين ، لأن القاضى لا يباشر وظيفته إلا مرة واحدة[١٥].

٨ = والأسـاس التشـريعى لقـاعدة الاسـتنفاد فـى القـانون الفرنسـى ، يـرجع إلـى المـادة ٤٨١ مـرافعات جديد ، والتى تنص على أنه'' بصدور الحكم يستنفد القاضى ولايته فى المسألة التى فصل فيها''. وعلى العكس من ذلك ، فـإن القـانون المصـرى لـم يتـناول هذه القـاعدة بـنص تشـريعى صـريح ، لكـن هـذا لا يعـنى عـدم وجودهـا ، وإنمـا يمكـن أن يسـتفاد هـذا الوجـود ، مـن القـواعـد الـتى عـالج بهـا القـانون مـراجعة الأحكـام بعـد صـدورها ، فقد أجـاز القـانون للقاضـى الرجوع إلى الحكم مرة أخرى من

---

(١٣) واسـتثناء من قـاعدة الاسـتنفاد فإنـه يجـوز للقاضـى مراجعة الحكم والمساس به فى حالات محددة ، وذلك فـى حالـة عودة الدعوى أمام نفس المحكمة بوصفها محكمة طعن ، كما هو الحال فـى الـتماس إعـادة الـنظر أو الطعـن بالمعارضــة(الغيـب المعارضــة بالقـانون ١ لسـنة ٢٠٠٠ إجراءات التقاضـى فى مسائل الأحوال الشخصية وكانت قد ألغيب من قبل فـى المـواد المدنية والتجارية)، أو عودة الدعوى أمام المحكمة نتيجة لإلغاء حكمها من محكمة الطعن ، كإلغاء الحكم من محكمـة الاسـتئناف لسبب إجرائى كبطلان صحيفة الدعوى. كما يجوز الرجوع إلى القاضـى مرة أخرى طبقا للمواد من ١٩١ : ١٩٣ مرافعات ، من أجل تصحيح الأخطاء المادية وتفسير الحكم أو فـى حالـة إغفـال الطلبـات. وفـى القـانون الفرنسـى بعد أن تضـمنت المـادة ٤٨١ قـاعدة الاسـتنفاد ، أجـازت للقاضـى الـرجوع إلـى حكمـه فـى حـالات المعارضـة واعـتراض الخـارج عن الخصـومة والطعن بالمراجعة وفى حالات التفسير والتصحيح.

(١٤) أنظر: فنسـان وجينشـار: المرافعات رقم ٩١ ص ٩٩.

(١٥) أنظر: أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها رقم ٥ ص ١٢.

أجل تصحيح ما شابه من أخطاء مادية ، أو من أجل تفسيره فى حالة غموضه(م ١٩١ ، ١٩٢ مرافعات)[١٦]، وهو ما يستفاد منه عدم جواز المساس بالحكم أو مراجعته ، فى غير ذلك من الحالات ، لأن المساس بالحكم غير جائز سوى فى حدود ما أوردته النصوص ، والاستثناء الذى قررته هذه الحالات ، يؤكد وجود هذه القاعدة. يضاف إلى ذلك ، أن قاعدة الاستنفاد من القواعد الأصولية ، التى لا تحتاج إلى نص تشريعى لتقريرها ، ذلك لأنها ضرورية لانتظام النشاط القضائى وتحقيق غايته فى حماية النظام القانونى ، ولا يكون ممكنا للقاضى بدونها وضع حد لاضطراب المراكز القانونية[١٧].

٩ = وقاعدة الاستنفاد تتصل بولاية القضاء ، ولهذا فإنها تتعلق بالنظام العام ، ويتعين على القاضى أن يقضى باستنفاد ولايته من تلقاء نفسه ، فلا يستطيع أن يفصل فيما سبق له أن فصل فيه ولو باتفاق الخصوم[١٨]، أو أن يضيف إلى الحكم أو يعدل فيه ، أو يحتفظ لنفسه بحق العودة مرة أخرى إلى ما سبق له الفصل فيه ، ولهذا فإنه مما يتنافى

---

(١٦) أنظر: محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى ص ٢٨.

(١٧) أنظر: أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق رقم ٧ ص ١٣.
وقد دافع جانب من الفقه عن الأساس القانونى لهذه القاعدة ، انطلاقا من فكرة سقوط المراكز الإجرائية ، أى فقدان مكنة القيام بإجراء معين بسبب بلوغ الحدود التى رسمها القانون لمباشرة هذه المكنة. حيث يضع القانون حدا للمناقشة التى يمكن أن تثور أثناء الإجراءات فى مسائل سبق حسمها ، وإلا استحال على القضاء إنجاز وظيفته ، ويعمل نظام سقوط المراكز الإجرائية داخل الإجراءات لتعجيلها وبلوغ غايتها. حيث يترتب على الحكم القطعى سقوط المراكز الإجرائية داخل الخصومة ، وسقوط سلطات الخصوم فى مباشرة هذه المراكز ، وسقوط سلطة القاضى فى الحكم فى هذه المراكز مرة ثانية. أنظر: وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ٢١٧ وما يليها ، مبادئ القضاء ص ٣٧٣ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٣٥٦ ص ٣٢٩.
وقد عارض هذه الفكرة جانب من الفقه انطلاقا من أنه لا يتصور سقوط بالنسبة لأعمال القاضى . أنظر: فتحى والى: الوسيط رقم ٢٥٦ ص ٤٢٤ ؛ أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ٣٥٦ ص ٤٨٠.

(١٨) أنظر: أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٥٥٨ ص ٧٤٠ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٨٣ ص ١٣٥ ؛ محمود هاشم: قانون القضاء ج٢ ص ٣٠٦ ؛ أحمد ماهر زغلول: مرجعة الأحكام رقم ٨ ص ١٥.

مع قاعدة الاستنفاد ، أن يعمد القاضى إلى التغيير فى حكمه بعد إصداره لتلافى الخطأ الذى وقع منه وأدى إلى بطلانه أو أن يضيف إليه ، بناء على طلب الخصوم ، فيأمر بتنفيذه تنفيذا معجلا ، أو يمنح المدين المحكوم عليه أجلا قضائيا'' délai de grâce ''كما يتنافى مع استنفاد القاضى لولايته ، أن يقوم بإصدار أحكاما شرطية'' jugements conditionnels '' وفى هذا النوع من الأحكام ، فإن القاضى يحتفظ لنفسه بسلطة النظر فى الحكم أو التعديل فيه بعد إصداره ، ذلك لأن التأكد من تحقق الشرط ، يقتضى الرجوع إلى القاضى مرة ثانية ، ليعيد النظر فى المسألة والفصل فيها من جديد ، فى ضوء الظروف المستجدة وهذا ما يتنافى مع قاعدة الاستنفاد.

١٠ = لكن تحقيق الوجود القانونى للحكم بناء على هذه القاعدة يكون للأحكام القطعية وحدها[١٩]، وهى الأحكام التى تفصل فيما يثار فى الخصومة من مسائل على نحو حاسم يكشف عن رأى قاطع للمحكمة بصددها ، يستوى فى ذلك ، أن تكون من المسائل الموضوعية أو الإجرائية. ويقتصر أثر الاستنفاد على ما تم الفصل فيه دون غيره من المسائل ، كما يقتصر كذلك ، على الخصومة التى صدر فيها الحكم

---

(١٩) أنظر: أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة ؛ فتحى والى: الإشارة السابقة ؛ وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٥٩٨ ؛ محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى المدنى – المحاماة – س ٦١ رقم ٨٦ وما بعده ؛ نبيل إسماعيل عمر : أصول رقم ٣٢٩ ص ٣٥٦ ، أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام رقم ١١ ص ٢٠.

ورغم الاتفاق حول انصراف أثر قاعدة الاستنفاد إلى الحكم القطعى ، فإن تمييزه عن غيره من الأحكام أثار الخلاف ، حيث ينظر جانب من الفقه إلى الحكم القطعى ، من منطلق أنه الحكم الفاصل فى الموضوع ، أما الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع ، فإنها ليست قطعية. فى حين يرى جانب آخر ، أن الحكم القطعى هو الحكم المنهى للخصومة ، فلا يكون الحكم قطعيا إلا إذا كان منهيا للخصومة . أنظر فى عرض الخلاف حول الحكم القطعى : أحمد أبو الوفا : المرافعات رقم ٥٥٨ ص ٦٩٤ ، أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ٤٤٤ ص ٦٠١ ، نبيل إسماعيل عمر : أصول رقم ٣٢٩ ص ٣٥٦ ، محمود هاشم : استنفاد ولاية القاضى المدنى - مجلة المحاماة - السنة ٦١ رقم ٨٦ وما بعده ، قانون القضاء ص ١١٢ ، أحمد ماهر زغلول : أعمال القاضى رقم ١٧٢ وما بعدها ، مراجعة الأحكام رقم ١١ والهوامش الملحقة.

والمحكمة التى أصدرته ، فلا يمتد هذا الأثر خارج هذه الخصومة ولا إلى المحاكم الأخرى ، ما لم يكن الحكم من الأحكام التى تحوز حجية الأمر المقضى[٢٠] .

١١ = وهكذا فإن قاعدة الاستنفاد أى استنفاد القاضى لولايته ، ترتب وجودا قانونيا لقاعدة عريضة من الأحكام وهى الأحكام القطعية ، سواء أكانت صادرة فى الموضوع أو صادرة فى الإجراءات ، وأن كان أثرها اكثر ظهورا فى هذا النوع الأخير ، على نحو يحول دون المساس بهذه الطائفة من الأحكام داخل إجراءات إصدارها ، وذلك منعا لتكرار الإجراءات بشأنها ، وهو ما يعوق تحقيق الخصومة لهدفها الأساسى ، ويؤخر الوصول إلى حل لموضوع النزاع بالفصل فيه.

لكن الوجود القانونى للحكم ، بناء على قاعدة الاستنفاد ، لا يتحقق سوى فى مواجهة القاضى الذى أصدره ، لأنه هو الذى استنفد ولايته ، أما غيره من القضاة ، فإنه يكون لهم نظر المسألة التى تم الفصل فيها من قبل والفصل فيها من جديد ، غير مقيدين بما سبق صدوره من قضاء. وهذه الدرجة من القوة وإن كانت كافية فى هذه المرحلة من عمر الحكم ، إلا أنها لا ترقى إلى الدرجة التى تؤدى إلى فرض مضمونه على الخصوم وعلى المحاكم الأخرى ، ولهذا فإن الحكم يكون فى حاجة إلى قاعدة أخرى تزوده بهذا القدر من القوة.

١٢ = وقد أسند القانون هذا الدور إلى قاعدة حجية الأمر المقضى"autorité de chose jugée"[٢١]، عن طريق تزويد الحكم

---

(٢٠) أنظر : فتحى والى: الوسيط رقم ٨٣ ص ١٣٥ ؛ أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام رقم ١١ ص ٢٠.

(٢١) أنظر فى هذا الموضوع فى الفقه المصرى: أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ١٩٧٧ رقم ٣٨٢ ص ٧٦٩ ، المرافعات المدنية ط ١٤ رقم ٥٦١ ص ٧٤٨ ؛ محمد وعبد الوهاب

بقوة إضافية لم تكن له من قبل ، تكفي لفرض مضمونه على القضاة والخصوم ، خارج إجراءات إصداره بما يضفي حصانة على هذا المضمون يكون على أثرها غير قابل للمنازعة ، فلا يكون من الممكن الفصل في الدعوى التي سبق الفصل في موضوعها ، وذلك ضمانا لاستقرار الحقوق ووضع حد نهائي للمنازعة حولها.

١٣ = لكن المصدر الذي يستند إليه فرض هذا المضمون على القضاة والخصوم وقع بشأنه الخلاف ، فقد طرحت فكرة العقد وشبه العقد كمصدر له(٢٢)، وذلك منطلق أن تقييد الخصوم بالرأي القضائي ، يجد أساسه في الرضاء المتبادل بين الخصوم بالبقاء في الخصومة حتى الحكم ، والرضوخ لحكم القاضي وتحمل نتائجه أيا كانت. وإزاء انتقاد الفكرة التعاقدية ، فقد اتجهت الأنظار إلى فكرة شبه العقد بافتراض قبول المدعى عليه للخصومة ، وبما يترتب على هذا القبول من التزامات. لكن

العشماوي: قواعد المرافعات ج١ ١٩٥٧ رقم ١٧٩ ص ٢١٩ ؛ فتحي والي: الوسيط رقم ٨٢ ص ١٣٣؛ وجدي راغب: قانون القضاء المدني ص ٤٣ ؛ أمينة النمر: قانون المرافعات رقم ٣٠٧ ص ٥٠٢ ؛ أحمد السيد صاوي: الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ـ ١٩٧١ ص ٧ وما بعدها ؛ أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي ١٩٩٠ ، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري - طبعة ثانية. وفي الفقه الفرنسي.

J.VINCENT et S. GUINCHARD, Procedure civile, 22ed., n° 85, p.90; M. PLANIOL, G. RIPERT, Tr. prat. de droit civil Français, t.V11, par P.ESMEIN, 1954, n°1552, p. 1014;CH.CÉZAR-BRU, Précis élémentaire de procédure civile, 1927,n°423, p.260, L.CRÉMIEU, Tr. Élémentaire de proc. Civi. et voies d'exécution, n° 88 p. 114; F.Foyer, De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Essai d'une définition,Th.Paris, 1954; H.Roland, Chose jugée et tierce opposition, préface Stark, Lyon 1958; R.Martin, Les contradictions de chose jugée, J.C.P.1979.1.2938.

(٢٢) ويرجع أصل هذه الفكرة إلى القانون الروماني ، وإلى إجراءات الإشهاد على الخصومة ، فقد كانت موافقة المدعى عليه ضرورية لانعقاد الخصومة ، والتزامات الخصوم ما هي إلا أثرا لهذا العقد أنظـــــــر:

GARSONNET et CÉZAR, Précis de proc., n° 310, p. 274 ; P. CUCHE, Manuel de proc. civ., 1909, p. 445 ; GLASSON, Traité de procédure civile, 1926, t.1, p.380 ; Cornu et Foyer, Proc.civ.1958, p.363.

هذه الفكرة لم يكتب لها النجاح ، لأنه لا دخل لإرادة الأطراف فى نشأة الخصومة وخاصة المدعى عليه(٢٣).

وقد ذهب فريق آخر إلى القول بأن فرض هذا المضمون يعود إلى فكرة القرينة القانونية التى لا تقبل إثبات العكس ، ذلك أن ما يتضمنه الحكم حقيقي وعادل من ناحيتى الشكل والموضوع ، فالحكم حجة فيما قضى به أى عنوانا على الحقيقة(٢٤)، وهذه القرينة تثبت للحكم منذ صدوره حتى لو كان قابلا للطعن ، وتكفي لكى يكون الحكم عنوانا على الحقيقة'' expression de la vérité ''حتى يتم العدول عن الحكم أو تعديله(٢٥). وكانت حجة هذا الفريق ، أن الضرورات الاجتماعية تقضى بضرورة إنهاء المنازعات على نحو حاسم ، وعدم إثارة المسائل التى فصل فيها الحكم من جديد ، من أجل استقرار الروابط القانونية ، وهو ما يقضى باحترام قرارات القضاء كاحترام القانون ذاته(٢٦).

وقد اتجه القانون المصرى إلى هذه الفكرة فى المادة ١٠١ من قانون الإثبات ، والتى تقضى بأن'' الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية إلا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم . . .''. وهى

---

(٢٣) أنظر: أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ١٥٦ ص ١٧٧ ؛ عبد المنعم الشرقاوى: شرح المرافعات رقم ٢٢٢ ص ٣٤٣ ؛ رمزى سيف: الوسيط فى شرح قانون المرافعات رقم ٣٤٥ ص ٣٩٥. وفى الفقه الفرنسى.

R.MOREL,Tr.élémentaire de procédure civile,1949,n.311,p.261.

(٢٤) أنظـــر فى الفقه الفرنسى:

M.PLANIOL, G.RIPERT, Tr. prat. de droit civil, t.v11, Par ESMEIN, 1954, n° 1552, p.1014; CH. CÉZAR BRU, Précis élémentaire de proc. civ., 1927, n.413, p.260; L.CREMIEU, Tr. élémentaire de proc. civ. et voies d'exécution, 1956, n° 88, P.114.

(٢٥) أنظــر: سيزار برى: الإشارة السابقة ؛ لويس كريميه: الإشارة السابقة.

(٢٦) أنظر: بلانيول وريبير: المرجع السابق رقم ١٥٥٢ ص ١٠١٤ ؛ سيزار برى: المرافعات رقم ٤١٣ ص ٢٦٠ ؛ كريميه: المرافعات رقم ٨٨ ص ١١٤.

الفكرة التى تبناها القانون الفرنسى فى المادة ١٣٥٠ ، ١٣٥١ مدنى.

لم تسلم هذه الفكرة من الانتقاد استنادا إلى أن وظيفة الحجية ليست إقناع القاضى بواقعة معينة وهذا مجال عمل القرائن ، وإنما فرض حقيقة معينة عليه تمنعه من البحث فيها من جديد. كما أن مجال الحجية ليس واقعة من الوقائع ، وإنما ما يترتب عليها من حقوق ومراكز يتم فرضها فى علاقة الخصوم. يضاف إلى ذلك ، أن الحجية نسبية الأثر ، ولو كان أساسها افتراض الحقيقة لوجب أن تكون مطلقة ، إذ الحقيقة واحدة بالنسبة للجميع. كما أن نظرية الحقيقة لا تستطيع تفسير لماذا تقتصر الحجية على المنطوق وما يكمله ، ولا تنطبق على كل عناصر الحكم[٢٧].

١٤ = وقد اتجه الرأى حديثا إلى فكرة الأساس القانونى كمصدر للتقييد بالحجية ، وإن تعددت الآراء فى هذا الاتجاه [٢٨]. لكن القاسم

(٢٧) ويعيب هذه النظرية أن حجية الأمر المقضى لا تتعلق بتقرير وقائع وإنما تطبيق القانون على هذه الوقائع ، حقيقة أن هذا التطبيق يفترض تقريرا للوقائع ، ولكن هذا التقرير لا أهمية له إلا لتكوين إرادة القانون فى الحالة المعينة ، ولهذا فإن حجية الأمر المقضى نسبية الأثر. أنظر فى عرض هذه الانتقادات: فتحى والى: الوسيط رقم ٩٢ ص ١٥٢ ؛ وجدى راغب : مبادئ القضاء ص ٤٧.

(٢٨) وقد اتجه رأى إلى القول بأن تفسير هذا التقييد ، ينطلق من أن الحجية قاعدة قانونية موضوعية ، وما تفرضه هذه القاعدة يجب ألا يكون محلا للمخالفة. أنظر : السنهورى : الوسيط ج ٢ رقم ٣٤٤ ص ٦٤٠. بينما يرى رأى آخر ، أن الحجية تعبر عن الأثر الشكلى للحكم ، وتأثيره فى حقوق الخصوم الإجرائية ، حيث يؤدى إلى انقضاء حقهم فى الحماية القضائية ، بصدد المسألة التى حسمها الحكم ، فلا يستطيع القاضى الفصل فيما فصل فيه من قبل ، انطلاقا من أوامر القانون ، الذى يقضى بانقضاء الحق فى الحماية القضائية. أنظر : فى عرض هذه الفكرة وغيرها :

VINCENT et GUICHARD, Proc. civ., n° 85, p.114; LACOSTE, De la chose jugée, 3$^{ed.}$ 1914; R. JULLIEN, L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, th. Bordeaux 1931; MELINESCO, Études sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, th. Paris 1913.

فى حين يرى رأى آخر ، أن التقييد ينطلق من المركز الجديد المترتب على صدور الحكم ، فالحجية عبارة عن مركز قانونى إجرائى يرتبه قانون المرافعات على الحكم القضائى ، وإذا كان

المشترك بينها جميعا أن التقييد بالحجية يجد أساسه فى القانون ، وذلك من منطلق سعيه نحو تحصين الحقوق ، بحيث تكون بمنأى عن المنازعة أو البحث أمام القضاء فى أية إجراءات جديدة ، من أجل تحقيق غاية الحماية القضائية ، التى لا تؤتى ثمارها بتقرير الحقوق وتأكيدها فقط ، وإنما بفرض هذا التأكيد وعدم جواز طرح ما سبق تأكيده على القضاء مرة أخرى ، ولا تكون كذلك ، إلا بفرض هذه النتيجة على القاضى والخصوم.

١٥ = وفرض مضمون الحكم على القضاة والخصوم كأثر للحجية له إطاره المحدد الذى لا يتجاوزه ، حيث يقف هذا الأثر عند حد تقييد النشاط الصادر عنهم بصدد المسألة التى حسمها الحكم ، بحيث يكون هو المرجع فى بيان حقيقة هذه المسألة ، على نحو لا رجعة فيه وتكون بمنأى عن المجادلة أو المنازعة أو البحث من جديد. ولهذا فإنه لا يجوز للخصوم احتراما للحجية طرح المسألة التى فصل فيها الحكم على القضاء من جديد بإجراءات مبتدأه بقصد إعادة الفصل فيها. كما لا يجوز لهم كذلك ، التنصل من مضمون هذا القضاء ، إذا أثير هذا المضمون فى أية إجراءات أخرى بينهم.

من جهة أخرى ، فإنه لا يجوز للقضاة احتراما للحجية الفصل من جديد فيما سبق الفصل فيه بحكم قضائى ، وإذا ما طرحت عليهم المسألة التى سبق الفصل فيها ، فإنه يجب عليهم من تلقاء أنفسهم الحكم بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها فالحجية من النظام العام(م ١١٦ مرافعات ١٠١ إثبات). كما لا يجوز لهم كذلك ، مناقشة مضمون هذا

الحكم لا يحدث تغييرا فى الحقوق الموجودة من قبل ، فإنه ينشئ مركزا إجرائيا جديدا بغرض حماية هذه الحقوق وتأكيدها ، وتكون وظيفة الحجية هى تحصين هذه الحقوق ضد المنازعة أو البحث من جديد أمام القضاء. أنظر: وجدى راغب: النظرية العامة للعمل القضائى ص ١٩٧؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات رقم ٣١٠ ص ٣٣٣.

القضـاء ، إذا مـا طـرح عليهم فـى أى دعوى أخرى بل الأخذ به كقضية مسلمة[٢٩].

لكـن القيود الـتى توردهـا الحجية علـى نشـاط الخصـوم والقضـاة، ينحصـر إطارهـا فيما يصـدر عن القضـاء من قـرارات بحمايـة قضـائية موضـوعية ، فالأحكام الفاصـلة فـى الحقوق والمراكز القانونية يكون لها وحدها حجية الأمر المقضـى. فقد ربطت المادة ١٠١ إثبات بين الحجية وهذه الأعمـال فما يلابس الحقوق من تجهيل تجرى إزالته بقـــرارات قضـائية لتأكيد وجود هذه الحقوق وإزالـة أى شك حولهـا[٣٠]، ولهذا فإن أثر الحجية لا ينصرف للأحكام الصـادرة بحماية قضـائية وقتية.

١٦ = وإزاء انحسـار الحجية عن الأحكام الصـادرة بحماية قضـائية وقتـية ، فـإن مـا تتمتع به هذه الأحكام من حصـانة ، يرجع إلى فكرة الحكم الشـــرطى" jugement conditionnel " والــتى يكــون للقاضـــى بمقتضـاها ، أن يصـدر أحكامـا مشـروطة بعدم تغير ظروف إصـدارها، ويتوقف نفاذها وسريانها على بقاء الحالة التى صدرت فيها كما هى دون تغيير ، فـإذا تغيرت نتيجة مـا يستجد من ظـروف ، زالـت حصـانة هذه الأحكـام ، وأمكن للقاضـى المسـاس بهـا ومراجعتها وتعديلهـا علـى نحـو

---

(٢٩) أنظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٤٥ ؛ ص ٥٩٦ ، محمود هاشم: قانون القضاء ج ٢ ص ١١٥ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٣١٨ ص ٣٤٢ ؛ أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضـى التى تحوز الحجية رقم ٢٧ وما يليه ص ٥٤.

(٣٠) أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى رقم ٢٨ ص ٥٧. ويقترب من هذا الاتجاه ، الرأى الذى يحدد نطـاق الحجية بالأحكام الفاصـلة فى الدعوى المانحـة للحمايـة القضـائية ، دون تفرقة بين الحمايـة الموضـوعية والوقتية. أنظـر: فتحى والـى: الوسيط رقم ٨٥ ص ١٣٧. وهناك اتجاه آخر ، يمد نطاق الحجية ليس فقط إلى الأحكام المانحة للحماية الموضـوعية ، وإنمـا إلـى مطلق الأحكـام القطعية ، سواء كانت صادرة فى الموضوع أو الإجراءات. أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٥٦١ ص ٧٤٨. وعلى عكس القانون المصـرى ، فإن القانون الفرنسـى فـى المـادة ١/٤٨٠ مـرافعات يوسـع من نطـاق الحجية ليشمل ليس فقط الأحكام الصـادرة فـى الموضـوع وإنما الأحكام الصادرة فى الدفع الإجرائى والدفع بعدم القبول وأى عائق آخــر " tout autre incident ".

يتفق مع استجد من ظروف[٣١].

ولهذا تظل حصانة الحكم المستعجل مهددة طالما أن المراكز المؤقتة التى يستند إليها الحكم ما زالت قائمة ، ويظل الحال هكذا ، إلى أن تستقر هذه المراكز بصفة نهائية. وهذه الحصانة وإن تشابهت مع الحصانة المترتبة على الحجية خاصة فى جانبها السلبى ، فإنها مع ذلك لا تختلط بها ، لأن حصانة الحكم المستعجل مؤقتة تنهار متى تغيرت الظروف[٣٢]، بينما حصانة الحجية تمنع المساس بالحكم فى أية إجراءات جديدة ، أيا كانت طبيعتها عادية أم مستعجلة ، فوق أنها تفرض مضمون الحكم بدورها السلبى والإيجابى[٣٣].

وقد اتجه القانون الفرنسى إلى هذه الفكرة فى المادة ٢/٤٨٨ من قانون المرافعات ، ويكون للقاضى بمقتضاها سلطة مراجعة الأحكام المستعجلة متى تغيرت ظروف إصدارها. ولهذا فإن ما يصدر عن القضاء المستعجل من أحكام'' ordonnance de référé'' ليس لها

---

(٣١) فى الدفاع عن الحجية المؤقتة للحكم المستعجل. أنظر: أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٥٢٩ ص ٦٩٥ ؛ أحمد مسلم: أصول المرافعات رقم ٢٣٤ ص٢٥٨ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٨٨ ص ١٤٣ ؛ محمود هاشم: قانون القضاء رقم ٨٢ ص ١٣٧. وأنظر عرضا مفصلا لموقف الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا ، حول الحجية المؤقتة لأحكام القضاء المستعجل: وجدى راغب: نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – ١٥ ص ٢٢٧ ؛ أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى رقم ٣٨ وما بعدها ص ٧٥ ؛ محمد سعيد عبد الرحمن: الحكم الشرطى – رسالة عين شمس ١٩٩٨ ص ٤٠٣.

(٣٢) لا يقتصر تطبيق فكرة الحكم الشرطى على الأحكام المستعجلة ، حيث يمتد هذا التطبيق إلى الأحكام الموضوعية ، التى تعالج مراكز واقعية يمتد وجزدها لفترة من الزمن مع قابليتها للتغيير خلال هذا الامتداد ، ولهذا فإن ما يصدر بشأنها من أحكام ، يكون مقرونا بعدم تغير الظروف ، كأحكام النفقات والأحكام الصادرة بالحجر وتعيين الأوصياء والقامة وتحديد سلطاتهم. أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة ؛ محمد سعيد عبد الرحمن: المرجع السابق ص ٤٣٩ وما يليه.

(٣٣) أنظر: وجدى راغب: القضاء الوقتى ص ٢٢٧؛ أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى رقم ٤٣ وما بعدها ، الحجية الموقوفة - الطبعة الثانية ؛ محمد سعيد عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٥٣٥.

بحسب الأصل حجية الأمر المقضى ، ومع ذلك فإن هذه الأحكام تتمتع بحصانة تمنع من مراجعتها أو تعديلها ، لكن هذه الحصانة مرهونة بما يستجد من ظروف'' en cas de circonstances nouvelles''[٣٤].

١٧ = وقاعدة الحجية على النحو المتقدم ، ترتب للحكم حصانة تكفى لفرض مضمونه على القضاة والخصوم خارج إجراءات إصداره ، بحيث يكون هو المرجع فى بيان حقيقة المسألة التى تناولها القاضى فى حكمه ، وترتقى بقوة الحكم إلى الدرجة التى تتجاوز مجرد تأكيد وجوده قانونا ، وإنما فرض مضمونه والإلزام به. وهى درجة متوسطة ما بين تأكيد وجود الحكم والإجبار فى تنفيذه فى مرحلة لاحقة ، وهذه الدرجة من القوة تمثل نقطة الانطلاق لهذه المرحلة الأخيرة ، إذ لا يكون التنفيذ الجبرى ممكنا سوى من خلال ما يتحقق لهذا المضمون من استقرار.

لكن أثر هذه القاعدة يقتصر على الأحكام الصادرة بحماية قضائية موضوعية ، وينحسر عن الأحكام القطعية غير الموضوعية والأحكام الوقتية ، ولهذا فإن الوصول بالحكم إلى أقصى درجات قوته لا يعتمد من حيث المبدأ على قاعدة الحجية ، لأن أثرها لا يتجاوز مجرد فرض مضمون الحكم ، يضاف إلى ذلك ، أن قوة الحكم التنفيذية لا تتوقف عند الأحكام الموضوعية وحدها ، وهو ما تهتم به قاعدة الحجية(م ١٠١ إثبات)، وإنما تتجاوز هذا النطاق إلى الأحكام الصادرة بحماية قضائية وقتية. ومن هذا المنطلق ، فإن تزويد الأحكام بالقوة التنفيذية يكون فى حاجة إلى قاعدة أخرى.

---

(٣٤) أنظر المقصود بما يستجد من ظروف والتى أشارت إليها المادة ٢/٤٨٨ مرافعات فرنسى جديد.

Civ.3, 17 juill.1977. Bull. 111, n° 317, p.241. J.C.P. 74, 1V. 328. Civ.2. 9 oct.1974, Bull. n° 262. p.217, Civ. 2. 17 nov.1982. GAZ. PAL.. 1983. pan.119.

١٨ = ويبدو التكامل فى الأدوار واضحا بين القواعد المتقدمة على نحو يستعصى على الإنكار[٣٥]، ذلك لأنها تتجه نحو غاية واحدة ، وهى تحصين الأحكام ضد المساس بها ، مع اختلاف فى المدى والدرجة فالاستنفاد يحصن طائفة عريضة من الأحكام القطعية فى مراحلها الأولى أيا كانت طبيعتها ، ويحقق لها الوجود القانونى داخل الإجراءات فى مواجهة القاضى الذى أصدرها ، وهذه الدرجة من القوة تعد التمهيد المنطقى ، لما يحوزه الحكم من حصانة استنادا إلى قاعدة الحجية ، إذ لا يكون ممكنا فرض مضمون الحكم على أطرافه وعلى القضاة خارج الإجراءات ، ما لم يتحقق له هذا الوجود القانونى ، وعلى هذا النحو ، يكون للحجية أن تخطو بالأحكام خطوة متقدمة إلى الأمام فى تحقيق قوتها ، بفرض مضمونها والإلزام به بحيث تكون هى المرجع فى بيان حقيقة العلاقة القانونية التى تناولها القاضى فى حكمه ، لكنها أقل فى المدى من سابقتها فلا تتناول سوى الأحكام القطعية الموضوعية ، ذلك لأن هذه الطائفة من الأحكام هى الهدف الأساسى من الحماية القضائية ، وأن الكثير من الأحكام الأخرى تكون غايتها الأولى التمهيد لصدورها.

ولهذا فلا عجب أن تستند كل من قاعدة الاستنفاد وقاعدة الحجية إلى أساس قانونى يكاد يكون واحدا ، حيث أنه فى القاعدة الأولى ، هو منع تكرار الإجراءات أمام القاضى ، ليتسنى له الوصول بالخصومة إلى النهاية الطبيعية لها ، بالفصل فى موضوعها ، وهو فى القاعدة الثانية ، عدم جواز مباشرة الوظيفة القضائية سوى مرة واحدة ، فلا يجوز للقاضى أن يفصل فيما سبق الفصل فيه ، تحقيقا لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية المختلفة. وهذا يوضح مدى التقارب بين الفكرتين ،

(٣٥) أنظـــــــــــر: (J.) HÉRON, Droit judiciaire privé, 19 , n° 33.

إلـى حـد اعتبار الاستنفاد وجها من وجوه الحجية[٣٦]. لكن هذا التقارب لا يمكن أن يخفي حقيقة الدور المحدد لكل قاعدة في تحقيق قوة الأحكام ، ومع ذلك فإن ما تحققه أي من القاعدتين للحكم من قوة لا يرقى إلى الحد الذي يحقق للحكم تلك الدرجة من القوة ، التي تجعله صالحا للتنفيذ الجبري.

١٩ = وقد تدخل المشرع بتنظيم قانوني إجرائي ، لكي يصل بالحكم إلى أقصى درجات قوته ، وهي الدرجة التي تسمح بفرض مضمون الحكم جبرا عند اللزوم دون الاعتداد بإرادة أطرافه ، طالما أن المبادرة الاختيارية فشلت في تحقيق الوفاء بالالتزام. وقد أقام التنظيم الإجرائي لقوة الأحكام التنفيذية تمييزا في اكتساب هذه القوة بين القوة العادية والقوة الوقتية ، وهو ما أشارت إليه المادة ٢٨٧ مرافعات بقولها"لا يجوز تنفيذ الأحكام جبرا ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزا إلا إذا كان النفاذ المعجل منصوصا عليه في القانون أو مأمورا به في الحكم". فقد ربط هذا النص بين القوة التنفيذية العادية للحكم وبين امتناعه عن الطعن بالاستئناف ، لكنه أفاد في الوقت نفسه أن الحكم يمكن أن يكتسب القوة التنفيذية الوقتية ، إما بحكم القانون أو بحكم المحكمة وهو ما تناولت أحكامه المواد من ٢٨٨ : ٢٩٠ مرافعات.

وقد اعتمد القانون الفرنسي تنظيما إجرائيا لقوة الأحكام التنفيذية

---

(٣٦) أنظر: السنهوري: الوسيط ج ٢ رقم ٣٤٢ ؛ رمزي سيف : الوسيط رقم ٥٤٥ ص ٦٩٨ ؛ أحمد السيد صاوي: الوسيط رقم ١٧٠ ص ٢٣٦ وما يليه.
GARSONNET et CÉZAR - BRU, Traité théorique et pratique de procédure civile, t. 3, n° 701; MOREL, Traité élémentaire de procédure civile, n° 579; COUCHEZ(G.), Procédure civile, 4ed, n° 214, p.139.
ويستخدم الفقه الإيطالي للتعبير عن الاستنفاد عبارة الحجية بالمعنى الشكلي ، أما حجية الأمر المقضي التي تلازم الحكم الموضوعي ، فإن التعبير عنها ، يكون بحجية الأمر المقضي الموضوعي. أنظر: وجدي راغب: العمل القضائي ص ٢١٥ ؛ محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضي ص ١١٧ هامش ١ ؛ أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام ص ٢٥ هامش ١.

يستند إلى ذات الأسس ، فقد ربطت المادة ٥٠١ مرافعات بين القوة العادية للحكم وبين اكتسابه لقوة الأمر المقضى'' force de chose jugée '' وقد أفادت هذه المادة أيضا إمكان اكتساب الحكم للقوة التنفيذية الوقتية'' exécution provisoire '' وقد تناولت المواد من ٥١٤ : ٥٢٦ مرافعات بيان أحكام هذه القوة التنفيذية الوقتية.

٢٠ = وباعتماد التنظيم الإجرائى للحصانة الناشئة عن امتناع الحكم ضد الطعن بطرق الطعن العادية ، كأساس لتزويده بالقوة التنفيذية طبقا للقاعدة العادية ، وهو ما يتوافر للحكم إذا كان حائزا لقوة الأمر المقضى ، ودفعا لما يثيره الالتجاء إلى هذه الصفة من خلط بينها وبين حجية الأمر المقضى فانه يتعين التمييز بينهما. فقوة الأمر المقضى هى صفة إجرائية يكتسبها الحكم متى امتنع عن الطعن بالاستئناف والمعارضة(ألغيت المعارضة فى القانون المصرى)[٣٧]، وتهتم ببيان قوة الحكم بالنسبة لطرق الطعن ، ولهذا فإنها لا تطول الحكم إلا فى مرحلة متأخرة نسبيا ، متى تحصن ضد طرق الطعن العادية ، وهو ما يناسب الربط بينها وبين القوة التنفيذية للأحكام ، لأنها تحقق له درجة معقولة من الاستقرار ، تبرر تزويده بهذه الدرجة المتقدمة من القوة ، فى حين أن دور الحجية يبدأ فى مرحلة مبكرة من عمر الحكم ومنذ لحظة صدوره(م ١١٦ مرافعات)، لكى تحقق له درجة من القوة تكفى لفرض مضمونه على نحو لا يكون من الممكن التملص منه أو الالتفاف حوله ،

(٣٧) أدخل القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ تعديلا جوهريا على المواد من ٣٨٥ حتى ٣٩٣ من قانون المرافعات السابق ، وذلك بإلغاء المعارضة فى الأحكام كأصل عام ، مع إبقاء هذا الطريق العادى للطعن فى الأحكام ، فى بعض الحالات الاستثنائية التى يجيز فيها القانون هذا النوع من الطعن ، كما هو الحال فى مسائل الأحوال الشخصية. وقد أبقى المشرع هذه المواد بعد صدور قانون المرافعات الحالى ، للعمل بها فى الحالات التى ينص فيها القانون ، وقد ألغيت المعارضة تماما فى القانون المصرى بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية. انظر: أحمد أبو الوفا: التعليق على النصوص ـ ط ٥ ص ١٥٥٥ وما يليه.

سواء برفع دعوى جديدة بذات المسألة أو بتجاهل ما قضى به ، وهو ما يرتقى بقوة الحكم درجة فوق ما تحققه له قاعدة الاستنفاد ويمهد الطريق لكى يصل الحكم لأقصى درجات القوة ، ولا يكون له تحقيق ذلك ، ما لم يتحقق فرض مضمونه والإلزام به عن طريق الحجية.

ولهذا فإن الربط بين حجية الحكم وقوة الأمر المقضى(م١٠١ إثبات)، يؤدى إلى وقوع الخلل فى التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام ، حيث يبقى الحكم منذ صدوره من قضاء أول درجة ، مفتقرا إلى القوة التى تمنع من تكرار الإجراءات بشأن المسألة التى فصل فيها ، حتى يتحصن ضد طرق الطعن العادية ، وقد عالج القانون هذا الجانب فى المادة ١١٦ مرافعات ، بالاعتراف للحكم منذ صدوره بالحجية فى جانبها السلبى ، التى تمنع المحاكم من الفصل فيما سبق الفصل فيه ، بنصها على أن ''الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها''. لكنها تظل فى جانبها الإيجابى ، المتعلق بفرض مضمون الحكم على الخصوم والقضاة على السواء ، فى أى خصومة أخرى يثار فيها هذا المضمون[٣٨]، متوقفة على اكتساب الحكم لقوة الأمر المقضى ، وهو ما يؤدى إلى الخلط بين الحجية وقوة الأمر

---

(٣٨) وقد أدى الربط بين الحجية وقوة الأمر المقضى فى المادة ١٠١ إثبات ، إلى إثارة اللبس بينهما ، وجعل الحدود الفاصلة بين الفكرتين ليست بالوضوح الكافى ، وإلى تبنى قضاء النقض لفكرة الحجية الموقوفة للحكم الصادر من محاكم أول درجة متى تم الطعن فيه ، وهو ما يسمح برفع دعوى جديدة بذات المسألة التى سبق الفصل فيها ، من منطلق أن الحجية تعنى عدم المساس بالحكم بحيث لا يجوز لأى محكمة إعادة النظر فيه ، ورتبت على ذلك أن الحكم وإن حاز الحجية بمجرد صدوره ، إلا أن الطعن فيه يكون من شأنه المساس بالحكم ، وهو ما يؤدى إلى وقف حجيته أمام جميع المحاكم ، ولا تستقر حجية الحكم إلا إذا تحصن ضد طرق الطعن العادية ، وحاز قوة الأمر المقضى. بينما اعتمد الفقه فكرة تدرج الحجية ، بحيث تثبت الحجية فى جانبها السلبى للحكم بمجرد صدوره ، فلا يجوز قبول الدعوى بذات المسألة التى سبق الفصل فيها ، وهو ما تقضى به المادة ١١٦ مرافعات ، لكن حجية الحكم لا تكتمل طبقا للمادة ١٠١ إثبات ، إلا إذا حاز الحكم قوة الأمر المقضى. أحمد ماهر زغلول: الحجية الموقوفة ط ٢ رقم ٤٦ وما يليه.

المقضــى ، علـى نحـو يُفقد الحجية مدلولها الحقيقى ، وتكـون هـى وقـوة الأمـر المقضـى شـئ واحـد ، وهو مـا يجرد الحكم من أهم مقوماتـه التى تؤهلـه لاكتسـاب القوة التنفيذية ، حيث يظل هذا المضمون مزعزعا إلى أن يحوز الحكم قوة الأمر المقضى.

٢١ = وباعتماد التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية ، من حيث المبدأ علـى قـوة الأمـر المقضــى وعلـى فكـرة الاستعجال ، فـى تقريـر صـلاحية الحكم لتحريك النشـاط القضـائى التنفيذى ، من أجل وضع حد لمخالفـة القانون وتحقيق نفـاذ أحكامـه ، فـإن هـذا التنظيم لـم يكـن محـلا لدراسة مستقلة تتناولـه من كافة جوانبه ، وإنما كان كل حظه منها ، هو الدراسـة العامـة كواحد من موضـوعات التنفيذ الجبرى ، التى لا تسمح بتقصـى كل أبعاده وكشف ما خفى من أحكامـه. وهذا التنظيم يطرح على بسـاط البحـث الكثير من التسـاؤلات ، منها مـا يتعلق بفاعليـة الأحكـام ، ومنها مـا يتعلق بالمجـال الحيوى ، الذى يعمل هذا التنظيم من خلالـه ، ومـا يجب أن يتوافر من مفترضـات لتطبيقه حتى يكون الحكم مستوجبا للقوة التنفيذية ، سواء بصفة عادية أو وقتية وهى تساؤلات فى حاجة للرد عليها.

من جهـة أخرى ، فإن غاية التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية هـى تحقيق تنفيذ سـريع للحكم ، علـى أسـاس مـن الموازنـة بين مصـالح الأطـراف ، ويرتبط تحديد هذه المصـالح بلحظة زمنية معينة ، على الأقل عند إصـدار التشريع أو بعده بقليل ، والآن وقد مضـى وقت طويل على العمل بهذا التنظيم ، تغيرت فيه الظروف اقتصـاديا واجتماعيا على نحو لـم تشـهده الـبلاد مـن قبل ، فـإن هـذه المسـألة تثير التسـاؤل ، حـول مدى ملائمـة التنظيم القـائم ، لمعالجة قـوة الأحكـام التنفيذية فـى ظـل الظروف الجديدة التـى يمر بهـا المجتمع ، وليس خافيا ما يثيره التنفيذ الجبرى من

مشـاكل ، خاصــة مـا يـتعلق مـنها بتأخـير التنفـيذ علـى نحـو يؤثـر علـى استقرار المعاملات ، وعلـى الثقة فى فاعلية الحمايـة القضـائية ، وقدرة القضـاء علـى القـيام بـدوره فـى الدفـاع عـن الـنظام القـانونى وبالسـرعة الواجبــة. وهذه مسألة أخرى ، تحتاج إلى دراسة تلقى الضوء على مدى قدرة القواعد الحالية فى التوافق مع هذه المتغيرات.

وسـوف تحـاول هـذه الدراســة ، الإجابــة علــى التسـاؤلات الـتى يطـرحها هـذا التنظـيم ، وبـيان وجـه الكمـال والـنقص فـيه ، بالاسترشـاد بـالحلول المطبقة فى النظم المقارنـة ، وذلك بتخصيص فصل مستقل لكل موضوع من موضوعاته على النحو التالى:

خطـــــة البحث:

فصل تمهيدى: التطور التشريعى ونطاق التطبيق.

الفصل الأول: مفترضات التطبيـق.

الفصل الثانى: القاعدة العاديــة.

الفصل الثالث: القاعدة الوقتيـــة.

فصل تمهيدى

التطور التشريعى ونطاق التطبيــق

تمهيـــد

٢٢ = شهد التنظيم الإجرانى لقوة الأحكام التنفيذية فى القانون المصرى تطورا ملحوظا ، فى الفترة التى بدأت بصدور قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، ويمكن رصد أهم ملامح هذا التغيير فى الربط بين قوة الأحكام التنفيذية ، وبين قابلية الحكم للطعن بطرق الطعن العادية ، فى حين أن التشريعات التى سبقت هذا القانون كانت تزود الأحكام بالقوة التنفيذية فور صدورها ، لكن التنفيذ لا يكون ممكنا خلال ميعاد الطعن ، أو عند الطعن فى الحكم ، نتيجة للأثر الواقف الذى يترتب فى الحالتين. وسوف نتعرض بإيجاز للتطور التشريعى لقوة الأحكام فى التشريعات القديمة ، التى صاحبت الإصلاح القضائى والتشريعات اللاحقة عليها ثم لنطاق تطبيق هذا التنظيم.

المبحث الأول

التطور التشريعـــــــى

القانون الأهلى والمختلــط

٢٣ = تبنى القانون المصرى فى ظل قانون المرافعات الأهلى والمختلط ، قاعدة التنفيذ الفورى لأحكام محاكم أول درجة ، مع خلاف بينهما فى وسائل تطبيقها. فالقانون المختلط تبنى قاعدة التنفيذ الفورى لأحكام محاكم أول درجة ، لكنه جعل من الطعن فى الحكم بالاستئناف أو المعارضة معطلا لهذه القوة(م ٣٨٠ _ ٤٢٠ مرافعات مختلط). وإذا كانت هذه القاعدة تميل ظاهريا نحو فكرة التنفيذ السريع للحكم ، لكن هذا

التنفيذ لا يتحقق عملا ، لأن الطعن فى الحكم يعطل هذا التنفيذ ، ويظل التنفيذ معطلا ، طالما ظلت خصومة الطعن ما زالت منظورة ولم يفصل فيها بعد.

أما قانون المرافعات الأهلى فقد اعتمد قاعدة مغايرة ، تربط بين انقضاء مواعيد الطعن العادية وبين قوة الحكم التنفيذية ، فالأحكام الصادرة من محاكم أول درجة لا تحوز القوة التنفيذية ، طالما أن ميعاد الطعن بالاستئناف مازال قائما ، ما لم تكن مشمولة بالتنفيذ المعجل(م ٣٥٦ مرافعات أهلى)، فإذا تم الطعن فى الحكم ، فإنه لا يحوز القوة التنفيذية إلا بعد الفصل فى الطعن. وهكذا فإن هذا القانون جعل من ميعاد الطعن معطلا لقوة الحكم ، فإذا رفع الطعن فى الميعاد ، امتد هذا التعطيل حتى تمام الفصل فى الطعن. وكان تنفيذ الأحكام الغيابية يتقيد بميعاد مدته ثمانية أيام من تاريخ إعلانه إلى المحكوم عليه ما لم يكن التنفيذ المؤقت مذكورا فى الحكم(م ٣٣٠ مرافعات أهلى)[١].

وقد نظم هذا القانون التنفيذ المؤقت للأحكام ، وميز بين التنفيذ المؤقت بقوة القانون فى المواد التجارية(م ٣٩٠ مرافعات أهلى)، وبين التنفيذ المؤقت القضائى الوجوبى ، وذلك فى الحالات التى تأمر فيه المحكمة ، بإجراء من إجراءات المرافعة أو التحقيق(م ٣٩٤ مرافعات أهلى)، والأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية فى المنازعات المستعجلة المتعلقة بالتنفيذ والدعاوى المستعجلة(م ٣٩٥ مرافعات أهلى). والتنفيذ القضائى الجوازى فى عدد من الحالات(م ٣٩٢)[٢].

(١) أنظر: عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ والتحفظ ـ ١٩١٩ رقم ٢٥ ص ٢٩ ؛ احمد قمحة وعبد الفتاح السيد: التنفيذ علما وعملا ـ ١٩٢٧ رقم ٣٤ ص ٢٩ ؛ محمد العشماوى: قواعد التنفيذ فى القانونين الأهلى والمختلط ـ ١٩٢٧ رقم ٥ ص ٩ ؛ محمد حامد فهمى : تنفيذ الأحكام رقم ١٤ ص ١٠.

(٢) ومن هذه الحالات الحكم بإخراج الساكن الذى لم يكن بيده عقد ايجار أو كان له ايجار وانتهت مدته أو فسخ أو لم يكن بالمحل المستأجر أمتعة كافية لضمان الأجرة وفى إزالة اليد

القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩

٢٤ = خطا القانون المصرى بصدور قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ خطوة جديدة بصدد القوة العادية فى تنفيذ الأحكام ، تبنى على أثرها فى المادة ٤٦٥ مرافعات ، القاعدة التى تربط بين قوة الحكم وبين طرق الطعن العادية ، فلا يكون الحكم مستوجبا لهذه القوة طالما أن إمكانية الطعن فيه بالاستئناف والمعارضة ما زالت قائمة ، حيث كانت تقضى بأن الأحكام الابتدائية والأحكام الغيابية لا يجوز تنفيذها ، ما دام الطعن فيها بالمعارضة والاستئناف جائزا.

وقد تضمن هذا القانون تنظيما للقوة المعجلة الوقتية يطلق عليه النفاذ المعجل ، يتضمن قوة حتمية تلحق الحكم بقوة القانون وقوة معجلة قضائية تتوقف على أمر من المحكمة ، وهو ما أشارت إليه المادة ٤٦٥ مرافعات بقولها''لا يجوز تنفيذ الأحكام . . . إلا إذا كان النفاذ المعجل منصوصا عليه فى القانون أو مأمورا به فى الحكم''. وفى النوع الأول تولى القانون تحديد حالاته على سبيل الحصر[٣]، بحيث يستمد الحكم قوته من القانون مباشرة ، دون حاجة إلى طلب أو قرار من المحكمة ، وقد وردت هذه الحالات فى المادة ٤٦٦ ، ٤٦٧ مرافعات. وفى النوع الثانى فإنه يحتاج إلى طلب من صاحب المصلحة ولا تلحق القوة المعجلة بالحكم ، إلا بناء على أمر من المحكمة ، وينقسم إلى نوعين ، قوة معجلة وجوبية فى عدد من الحالات[٤]، يجب على المحكمة أن تأمر بها متى

الموضوعة على العقار بغير وجه حق إذا كان ملك المدعى أو استحقاقه للعقار غير مجحود أو ثابتا بسند رسمى. وفى إجراءات الترميمات الضرورية المستعجلة وفى الإجراءات التحفظية أو الوقتية وفى تقرير النفقة وتقدير المؤنة وأداء الأجر.

(٣) وقد تضمنت هذه الحالات الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة والأوامر على عرائض والأحكام الغيابية الصادرة فى الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف والأحكام الغيابية المحكوم باعتبار المعارضة فيها كأن لم تكن والأحكام الصادرة فى المواد التجارية.

(٤) تضمنت المادة ٤٦٨ ، ٤٦٩ مرافعات هذه الحالات ، وهى الإقرار بنشأة الالتزام ، صدور

طلب منها ذلك ، فإن رفضت كان حكمها معيبا ويجوز للمحكوم لـه الطعن فيه. وقوة معجلة جوازية في عدد آخر من الحالات[٥]، يتمتع فيها القاضي بسلطة تقديرية في الأمر بشمول الحكم بالقوة المعجلة أو رفض الأمر به بحسب ما يتبين له من ظروف الحالة المعروضـــة[٦].

٢٥ = لكن التنظيم الإجرائي للقوة المعجلة لم يسلم من النقد ، فقد بدت أهم عيوبه في عدم قدرته على تلافي الآثار الناجمة عن تأخير الحماية التنفيذية طبقا للقاعدة العادية ، خاصة فيما يتعلق بالحالات التي لا تحتمل الانتظار ، وتحتاج إلى تنفيذ سريع ولا تدخل في إطار هذا التنظيم. وقد تجلت عدم القدرة هذه في عدة مظاهر ، من أهمها أنه نظام تتحكم فيه النصوص إلى حد كبير ، سواء من حيث حالاته أو من حيث سلطة القاضي المحدودة في شمول الحكم بالقوة المعجلة. كذلك فإن هذا التنظيم لا يتفق مع فكرة الحماية الوقتية ، والتي تتميز بمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة ، في منح الحماية كلما تطلب الأمر ذلك ، متى توافرت شروط منحها من استعجال ورجحان لوجود الحق. يضاف إلى ذلك ، أنه تنظيم بالغ التعقيد ، ويبدو ذلك ، في تعدد أنواع القوة المعجلة ما بين قانونية وقضائية ، وفي هذا النوع الأخير ما بين قوة معجلة وجوبية وجوازية. وقد انتقلت عدوى التعقيد ، إلى الكفالة كذلك ، فقد

الحكم تنفيذا لحكم سابق حاز قوة الشيء المحكوم به أو حكم مشمول بالنفاذ المعجل بغير كفالة ، إذا كان الحكم مبنيا على سند رسمي ، الحكم بإخراج مستأجر العقار إذا قضى بفسخ عقده أو قضى بانتهائه لانتهاء مدته ، الحكم بإخراج شاغل العقار ، الحكم بإجراء الإصلاحات العاجلة ، الحكم بتقرير نفقة وقتية أو نفقة واجبة ، أداء أجور الخدم والصناع أو العمال ومرتبات المستخدمين.

(٥) وقد تضمنت هذه الحالات ، الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩٦ ، ٤٧٠ مرافعات ، وهي الأمر بنفاذ الأحكام الغيابية رغم المعارضة ، إذا كان الحكم مبنيا على سند عرفي لم يجحده المحكوم عليه ، وإذا كان الحكم في دعوى من دعاوى الحيازة ، وإذا كان الحكم صادرا لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به.

(٦) أنظر في تفاصيل هذا النظام: محمد حامد فهمي: تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية - رقم ١٧ وما يليه.

تعددت أنواعها ما بين كفالة بقوة القانون(م ٤٦٧ مرافعات) وكفالة جوازية(م ٤٦٩ ، ٤٧٠ مرافعات) وإعفاء وجوبي من الكفالة(م ٤٦٨ مرافعات)[٧].

القانون الحالـــــــــي

٢٦ = واصل القانون المصري في قانون المرافعات الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ الخط الذي بدأه قانون المرافعات السابق ، واستند إلى ذات الأسس التي كانت تحكم القوة التنفيذية للأحكام ، وإن كان قد أدخل بعض التعديلات عليها. فقد جاءت المادة ٢٨٧ مرافعات ، والتي تتضمن القاعدة العادية في قوة الأحكام التنفيذية مختلفة في صياغتها عن القاعدة السابقة ، والتي تنص على أنه''لا يجوز تنفيذ الأحكام جبرا ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزا إلا إذا كان النفاذ المعجل منصوصا عليه في القانون أو مأمورا به في الحكم''. فقد ربط هذا النص بين قوة الحكم وبين تحصنه ضد الطعن فيه بالاستئناف ، بعد أن أسقط لفظ المعارضة كطريق عادي للطعن في الأحكام[٨]، على عكس ما كان سائدا في القانون السابق[٩].

---

(٧) أنظر في عرض النقد الموجه لهذا التنظيم : أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ رقم ٦٦ ص ١٢٧.

(٨) أدخل القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ تعديلا جوهريا على المواد من ٣٨٥ حتى ٣٩٣ من قانون المرافعات السابق ، وذلك بإلغاء المعارضة في الأحكام كأصل عام ، مع إبقاء هذا الطريق العادي للطعن في الأحكام ، في بعض الحالات الاستثنائية التي يجيز فيها القانون هذا النوع من الطعن ، كما هو الحال في مسائل الأحوال الشخصية. وقد أبقى المشرع هذه المواد بعد صدور قانون المرافعات الحالي ، للعمل بها في الحالات التي ينص فيها القانون ، وقد ألغيت المعارضة تماما في القانون المصري بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. انظر: أحمد أبو الوفا: التعليق على النصوص ـ ط ٥ ص ١٥٥٥ وما يليه.

(٩) ومن أوجه النقد التي تعرض لها هذا النص ، أنه أسقط لفظ المعارضة ، رغم أن هذا الطريق مازال قائما ، لم يلغ بصفة قاطعة ، وقد كان الأحرى بالمشرع ، أن يعتمد الصياغة التي وردت في المادة ٤٦٥ من القانون السابق ، التي كانت تضع قاعدة عدم جواز تزويد الحكم بالقوة التنفيذية طالما أن طريق المعارضة متاحا ضد الحكم ، كان ذلك قبل إلغاء المعارضة في المواد

لكـن القـانون الحـالى تبنـى تنظـيما أكثر تطـورا ، لـتزويد الأحكـام بـالقوة التنفيذية الوقتية ، وذلك بالتعديلات الجوهرية التى أدخلها على هذا التنظـيم ، والـتى تضـمنت إعطـاء القاضـى سلطة أكبر لمواجهـة ظاهـرة الاستعجال فـى نطـاق القـوة التنفيذيـة للأحكـام ، فقد اعتمد من حيث المبدأ علـى التنفـيذ المعجـل الجـوازى أو القضـائى ، كأسـاس لـتزويد الأحكـام بالتنفيذ المعجـل ، بحيث يكـون تـزويدها بهذه القوة مرتبطا بتوافر شـروط الحمايـة الوقتـية ، مـن اسـتعجال وترجيح لوجـود الحـق. لكنـه أبقـى إلـى جـوار هـذه القـاعدة صـورة استثنائية تعـتمد فـى تـزويد الأحكـام بالتنفيذ المعجل علـى نصـوص القـانون. وقـد وردت أحكـام الصـورة الأولـى فـى المـادة ٢٩٠ مـرافعات ، والـتى تـنص علـى أنـه''يجـوز الأمـر بالـنفاذ المعجل'' ثم أردفت فـى فقرتها السادسـة'' إذا كـان يترتـب علـى تأخـير التنفـيذ ضـرر جسـيم''. وقـد احـتفظ القـانون فـى هـذه الصـورة بعـدد مـن الحـالات الخاصـة ، الـتى وردت فـى الفقـرات مـن ١ : ٥ مـن المـادة المذكـورة ، والـتى تخضـع للشروط التى يجب أن تتوافر فى هذه الصورة بصفة عامـة[١٠].

أمـا الصـورة الثانية ، المتعلقة بالتنفيذ المعجل الحتمى فقد وردت فى المادتيـن ٢٨٨ ، ٢٨٩ مـرافعات [١١]، وهـى حـالات واردة فـى القـانون

المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية. أنظر: أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام ص ١٧ هامش ١.

(١٠) وقد تضـمنت الفقرة الأولـى من المادة ٢٩٠ ، الأحكـام الصـادرة بـأداء النفقات والأجور والمرتبات ، والفقرة الثانية ، إذا كان الحكم قد صدر تنفيذا لحكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى أو مشمول بالنفاذ المعجل بغير كفالة أو كان مبنيا على سند رسمى لم يطعن فيه بالتزوير وذلك متى كان المحكوم عليه خصما فى الحكم السابق أو طرفا فى السند ، وتضمنت الفقرة الثالثة ، إذا كـان المحكوم عليه قد أقر بنشأة الالتزام ، والفقرة الخامسة ، إذا كان الحكم صادرا لمصلحة طالب التنفيذ فى منازعة متعلقة به.

(١١) وقد وردت عدة حـالات فى نصـوص قانونية أخرى متفرقة ، منها المادة ٨٨٧ مرافعات والمـادة ٣٥٢ من لائحـة ترتيب المحـاكم الشرعية من قانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، والمـادة ١ من

علـى سبيل الحصر ، ويكون شمول الحكم فيها بالتنفيذ المعجل بنص القانون ، وذلك بالنسبة للأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة ، والأحكام الصادرة فى المواد التجارية.

انتقاد التنظيم الحالـــى

٢٧ = المعالجة التشريعية للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية فى القانون الحالى ، جاءت مشوبة ببعض العيوب ، ومن أهمها أن القوة التنفيذية للأحكام فى مفهوم هذا التنظيم تشكل عنصرا من عناصر التنفيذ ولهذا فقد تمت معالجة هذه القوة من خلال قواعد التنفيذ الجبرى ، وذلك فى الفصل الثالث من الكتاب الثانى الخاص بالتنفيذ تحت عنوان النفاذ المعجل ، فى حين أن تزويد الحكم بالقوة التنفيذية مسألة سابقة على التنفيذ وتمهد له ، وأن مكانها الأصيل فى الباب التاسع من الكتاب الأول الخاص بالأحكام ، والآثار التى تترتب عليها ، والقوة التنفيذية ليست سوى أثر من آثار الحكم.

٢٩ = المعالجة التشريعية للقاعدة العادية فى قوة الأحكام وردت فى المكان غير المناسب لها ، فقد تم معالجتها فى المادة ٢٨٧ مرافعات تحت عنوان النفاذ المعجل فى الفصل الثالث من كتاب التنفيذ ، مع أن هذه القاعدة لا علاقة لها بالنفاذ المعجل أو القوة الوقتية للأحكام ، وكان الأفضل أن ترد فى تنظيم قانونى مستقل ، يضع الإطار العام للقاعدة العادية فى قوة الأحكام التنفيذية.

القانون رقم ٦٢ لسنة ٧٦ بشأن تعديل بعض أحكام النفقات فقد نصت هذه المادة على أن ""النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون لكل حكم صادر بالنفقة أو اجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن للزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين""، وقد أعادت المادة ٦٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تقديم هذا الحكم من جديد ، وهو ما يترتب عليه إلغاء ما تقدم من مواد. كما نصت المادة ٣٩٥ مرافعات على النفاذ المعجل للأحكام الصادرة برفض دعوى استرداد المنقولات المحجوزة أو بسقوط الخصومة فيها.

٣٠ = يؤخذ على هذا التنظيم معالجته للتنفيذ المعجل للأحكام ، باعتباره استثناء من القاعدة العادية فى قوة الأحكام ، مع أنه صورة من صور الحماية القضائية الوقتية ، وهذا النوع من الحماية يواجه خطر التأخير فى الحماية العادية ، ولا يمكن أن يكون استثناء عليها ، وإنما يؤدى دورا فى الحماية القضائية للحقوق بصفة وقتية ، إلى أن يتدخل القضاء بحمايته العادية. وقد أكدت صياغة المادة ٢٨٧ مرافعات هذا المعنى ، فقد نصت على أنه'' لا يجوز تنفيذ الأحكام جبرا ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزا إلا إذا كان النفاذ المعجل منصوصا عليه فى القانون أو مأمورا به فى الحكم''.

المبحث الثانى

نطاق التطبيــــــــــق

تنظيم لقوة الحكم التنفيذية وليس نفـاذه

٣١ = فى تحديد المقصود بالقوة التنفيذية للأحكام'' force exécutoire '' قيل أنه إذا كانت الحجية هى التعبير عن السلطة القضائية للقاضى ، فإن القوة التنفيذية هى التعبير عن السلطة الآمرة لـــه''manifestation de son imperium''(١٢). وهذا القول يمكن أن يكون تفسيرا لقوة الحكم التنفيذية وليس تعريفا لها(١٣). ولهذا فإن الاتجاه الغالب فى الفقه ، يرى أن القوة التنفيذية للحكم ، ليست سوى الأثر الذى يرتبه القانون على أحكام الإلزام يجعلها صالحة للتنفيذ

(١١) أنظـــــــــر:

Encyclopédie Dalloz, Procédure civile, chose jugée.

(١٢) أنظر الانتقادات التى تعرضت لها فكرة إسناد قوة الحكم التنفيذية إلى عناصره ، عنصر التقرير وعنصر الأمر ، ومن أهم هذه الانتقادات أن قوة الحكم لا تنسب إلى عناصره بقدر نسبتها إلى القاعدة القانونية. وهذا التعريف هو وليد هذه الفكرة. أنظر: وجدى راغب: مبادئ التنفيذ ص ٥٢.

الجبرى ، متى توافرت فى الحكم شروط معينة[١٣].

٣٢ = وبتعريف القوة التنفيذية للحكم على هذا النحو ، والتى على أساسها تتقرر صلاحية الحكم للتنفيذ ، فإن التنظيم الإجرائى لها يجد مجال تطبيقه الأصيل ، فى تحقيق فاعلية الحكم إلى الدرجة التى تجعله صالحا للتنفيذ ، وهى أقصى درجه يمكن أن يبلغها الحكم فى سلم القوة. ولهذا فإن هذا التنظيم لا علاقة له بنفاذ الأحكام ، وهو ما يكون لها من أثر يقيد نشاط الخصوم والقضاة على أثر النطق بها ، وهو ما يتحقق دون حاجة إلى استعمال القوة الجبرية[١٤]، وهو المجال الحقيقى لعمل حجية الأمر المقضى والتى تتكفل بتحقيق نفاذ الأحكام [١٥]، وهى المرحلة التى تمهد الطريق لخلع القوة التنفيذية عليها ، ذلك لأن الأحكام لا تكون مستوجبة للتنفيذ ما لم يتحقق نفاذها.

٣٣ = ولهذا فإن المعالجة التشريعية للتنظيم الإجرائى للقوة المعجلة الوقتية فى المواد ٢٨٧ : ٢٩٠ مرافعات ، تحت عنوان النفاذ المعجل لا يفيد المعنى المقصود من الناحية القانونية ، وهو تزويد الأحكام بالقوة التى تجعلها صالحة للتنفيذ الجبرى ، وهو ما يقتضى تعديله إلى ما يفيد هذا المعنى من الناحية الاصطلاحية ، إذ كيف يمكن قبول فكرة نفاذ آثار الحكم مرتين ، مرة بمقتضى ما للحكم من حجية ، تضمن نفاذ هذه الآثار فى مواجهة أطرافه والقضاة بمجرد صدوره ،

(١٣) أنظر: فتحى والى: الوسيط رقم ٧٧ ص ١٢٤ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٧٤ ، مبادئ القضاء ص ٥٣ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات رقم ٣٣٢ ص ٣٥٨ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٣٣ ص ٤٩ ، قريب من هذا الاتجاه. رينيه موريل: المطول رقم ٥٧٩ ص ٤٥٢.

(١٤) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٢٠ ص ٤٣ ، والتعليق على النصوص والمادة ٢٨٠ مرافعات ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٩٦٢ ص ١٠٨٥ ؛ عبد العزيز بديوى: إجراءات التنفيذ ص ٥٣.

(١٥) أنظر: عبد العزيز بديوى: الإشارة السابقة ؛ وأنظر : ما تقدم رقم ١٢ وما يليه.

بحيث يكون هو المرجع فى بيان حقيقة العلاقة التى تناولها القاضى فى حكمه ، دون أن يكون فى الإمكان التملص منها. ثم يجرى فرض هذا النفاذ مرة أخرى ، بمقتضى القانون أو أمر من القاضى. وهذا يدل على أن ما أراد المشرع تحقيقه هو منح الحكم القوة التنفيذية وليس مجرد نفاذه ، وهو ما لا يتحقق سوى لأحكام الإلزام متى توافرت لها بقية الشــــروط[١٦]. وقد كان المشرع الفرنسى موفقا فى استخدام ما يفيد التنفيذ الوقتى أو المعجل للأحكام" L'exécution provisoire " للدلالة على منح الحكم القوة التنفيذية.

تنظيم لأحكام القضاء المدنـــــــى

٣٤ = التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية فى علاقات القانون الخاص ، يجد مجال تطبيقه فى الأحكام الصادرة عن القضاء المدنى ، وهو القضاء الذى يشكل محورا أساسيا للقواعد الإجرائية فى قانون المرافعات. ولهذا فإن القواعد المنظمة لقوة الأحكام فى هذا القانون لا تمتد إلى الأحكام الصادرة عن القضاء الجنائى ، والتى يتولى تنظيمها من هذه الزاوية قانون الإجراءات الجنائية ، ولا الأحكام الصادرة عن القضاء الإدارى ، والتى تخضع من حيث قوتها التنفيذية للأحكام الواردة فى قانون مجلس الدولة ٤٧ لســــنة ١٩٧٢.

ذلك لأن امتداد تطبيق هذا التنظيم إلى الأحكام الصادرة عن هذه

(١٦) أنظر فى تأييد هذا المعنى: أحمد ماهر زغلول: أصول ص ١١٣ هامش ١ ، حيث يرى أن تسمية النفاذ المعجل محل نظر ، ذلك لأن النفاذ فى الاصطلاح ، يعنى فرض مضمون الحكم والإلزام بآثاره بمجرد صدوره ، ولا يصدق فى هذا الصدد وصفه بالنفاذ العادى أو النفاذ المعجل. وعلى العكس من ذلك ، فإن رأيا آخر يرى ، أنه إذا كان النفاذ المعجل يرتبط بالقوة التنفيذية للأحكام بالنسبة لأحكام الإلزام ، إلا أن النفاذ المعجل قد يتجاوز هذا المعنى إلى الآثار الاخرى للأحكام ، حتى لو ترتبت على أحكام تقريرية أو منشئة ، حيث يصح شمول هذه الاثار بالنفاذ المعجل ، ويكون معناه فى هذه الحالة ، أن ما يتضمنه من تأكيد كاف لنفاذه ولو لم يكن تأكيدا نهائيا. فتحى والى: التنفيذ الجبرى رقم ٣٠ ص ٦٠ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٨٤.

الجهات ، يقتضى خلو القانون الإجرائى المنظم لها من تنظيم مماثل ، أو إذا أحال هذا القانون إلى قواعد المرافعات ، سواء فى صورة إحالة عامة [(١٧)]أو خاصة [(١٨)]، وعندئذ تكون قواعد المرافعات واجبة التطبيق لتدارك ما بها من نقص ، أو فيما وردت الإحالة بشأنه. وما لم تتحقق هذه المفترضات ، فإنه لا يكون من الممكن تطبيق هذه القواعد فى غير المجال الذى تعمل من خلاله.

٣٥ = وقد عالج قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ القوة التنفيذية للأحكام الصادرة عن القضاء الإدارى ، فى المادة ٥٠ منه والتى تنص على أنه''لا يترتب على الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إلا إذا أمرت دائرة فحص الطعون بغير ذلك ، كما لا يترتب على الطعن أمام محكمة القضاء الإدارى فى الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية وقف تنفيذها إلا إذا أمرت المحكمة بذلك''. ونصت المادة ٢/٥١ على الحكم ذاته بالنسبة لالتماس إعادة النظر[(١٩)]. وهذا هو المبدأ المقرر فى القانون الفرنسى ، والذى تبنى

(١٧) وفى شأن هذا النوع من الإحالة فإن المادة ٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه''تطبق الإجراءات المنصوص عليه فى هذا القانون وتطبق أحكام المرافعات فيما لم يرد فيه نص ، وذلك إلى أن يصدر قانون بالإجراءات الخاصة بالقسم القضائى''. وما ورد فى المادة ٢٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، والتى تنص على أنه'' فيما عدا ما نص عليه فى هذا الفصل تسرى على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التى تقدم إلى المحكمة الأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها''. وما ورد فى المادة الأولى من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بشأن الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا ، والتى تنص على أنه'' يعمل بأحكام القانون المرافق فى شأن الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا ، ويستهدى فيما لم يرد بشأنه نص فى قانون المحكمة والرسوم أو فى هذا القانون بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض مع طبيعة الأوضاع أمام المحكمة العليا وروحها''.

(١٨) وفى شأن هذا النوع من الإحالة ، فإن الكثير من نصوص قانون الإجراءات الجنائية قد تضمنت مثل هذه الإحالة ، كالمادة ٢٣٤ المتعلقة بإعلان أوراق التكليف بالحضور والمادة ٢٤٨ المتعلقة برد القضاة .

(١٩) كان قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ، يأخذ بقاعدة الأثر الواقف للطعن ، شأن

فكرة الأثر غير الواقف للطعون أمام محاكم مجلس الدولة ، منذ مرسوم ٢٢ يوليو ١٨٠٦ بحيث يجوز للمحكوم لـه طلب تنفيذ الحكم فورا ورغم الطعن فيه(٢٠).

٣٦ = وقد تضمن التنظيم الإجرائي فى قانون الإجراءات الجنائية تنظيما لمعالجة القوة التنفيذية لأحكام القضاء الجنائى ، وقد ربطت المادة ٤٦٠ إجراءات جنائية بين قوة الحكم التنفيذية وبين اكتسابه للصفة الانتهائية ما لم يكن صادرا بالإعدام ، فلا يكون له هذه القوة إلا إذا أصبح باتا. وقد أجيز تزويد الحكم بالقوة التنفيذية الوقتية ، حتى مع الطعن فيه بالاستئناف ، فى عدد من الحالات ، أوردتها المادة ٤٦٣ إجراءات جنائية منها الأحكام الصادرة بالغرامة والمصاريف والأحكام الصادرة بالحبس فى سرقة ، كما أجازت الفقرة الثالثة من هذه المادة للمحكمة عند الحكم بالتعويضات للمدعى بالحق المدنى أن تامر بالتنفيذ المؤقت للحكم ولو مع حصول الاستئناف. أما الأحكام الصادرة بالبراءة فإنها تكون واجبة النفاذ فورا ولو تم استئنافها(م ٤٦٥ إجراءات).

وقد عالجت المادة ١/٤٦٧ إجراءات القوة التنفيذية للأحكام الغيابية سواء أكانت صادرة بالعقوبة أو بالشق المدنى ، وجعلت لميعاد الطعن بالمعارضة أثرا واقفا لقوة الحكم التنفيذية ، لكنها استثنت من ذلك الحالات التى لا يكون فيها للمتهم محل إقامة فى مصر أو صدر ضده أمرا بالحبس الاحتياطى.

القاعدة التى كانت سائدة فى قوانين المرافعات القديمة ، فقد كانت المادة ١٥ منه تقضى بعدم جواز تنفيذ الأحكام الإدارية إلا بعد صيرورتها نهائية كقاعدة عامة ، ما لم تكن صادرة طبقا للمادة ٢١ أى بصرف مرتب الموظف المفصول مؤقتا لحين البت فى الدعوى الموضوعية بإلغاء قرار فصله والأحكام الصادرة بوقف تنفيذ القرارات الإدارية. أنظر: محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦ ص ١٥ ؛ عبد العزيز بديوى: قواعد ص ٥٨ ؛ خميس السيد إسماعيل: دعوى الإلغاء ووقف تنفيذ القرار الإدارى – ١٩٩٣ ص ٣٢٦.

(٢٠) أنظر: خميس السيد إسماعيل: المرجع السابق ص ٣٢٦.

٣٧ = ويستبعد من مجال تطبيق التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية الصادرة عن القضاء المصرى ، الأحكام الصادرة عن قضاء دولة أجنبية(٢١) ويراد تنفيذها فى مصر(٢٢)، ذلك لأن المشرع خصها بتنظيم خاص ورد فى المواد ٢٩٦ : ٢٩٨ مرافعات. وهذا التنظيم يتطلب من أجل الاعتراف للحكم الأجنبى بالقوة التنفيذية فى مصر ، أن يصدر من القضاء الوطنى أمرا بتنفيذه وذلك بدعوى ترفع إلى المحكمة الابتدائية(٢٣)، يتحقق فيها القاضى من توافر الشروط التى يتطلبها القانون لإصدار الأمر بالتنفيذ(٢٤)، ولا يتمتع الحكم الأجنبى بالقوة

(٢١) والحكم الأجنبى فى مفهوم تنازع الاختصاص القضائى الدولى ، هو الحكم المنطوق به باسم سيادة أجنبية ويدخل فى هذا المفهوم كل حكم صادر عن محاكم دولة أخرى غير الدولة التى يراد تنفيذه فيها أو مد آثاره إليها ولا يهم بعد ذلك مكان صدور الحكم. أنظر: أحمد قسمت الجداوى: مبادئ الاختصاص القضائى الدولى رقم ١٦٣ ص ١٧٤.

(٢٢) الأحكام الأجنبية التى يراد تنفيذها فى مصر ، تخضع من حيث إجراءات تنفيذها وطرق التنفيذ للقانون المصرى ، كما أن هذا القانون هو الذى يحدد مدى القوة التنفيذية التى يتمتع بها الحكم الأجنبى. والقاعدة المعتمدة فى هذا الصدد ، هى إقليمية القواعد الإجرائية طبقا للمادة ٢٢ من القانون المدنى. أنظر: أحمد قسمت الجداوى: المرجع السابق رقم ١٧٢ ص ١٨٢ ؛ هشام على صادق: تنازع الاختصاص القضائى الدولى رقم ٥٩ ص ٢١١ ؛ حفيظة السيد الحداد: القانون القضائى الخاص الدولى رقم ٣٩٨ ص ٣٨٣.

(٢٣) ويقدم طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبى إلى المحكمة الابتدائية التى يراد التنفيذ فى دائرتها أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه فى مصر ، وتطبق على دعوى الأمر بالتنفيذ القواعد العامة الواردة فى قانون المرافعات(م ٢٩٧ مرافعات)، والخصوم فى دعوى الأمر بالتنفيذ هم نفس الخصوم فى الدعوى الأصلية التى صدر الحكم الأجنبى بمناسبتها. أنظر: هشام على صادق: المرجع السابق رقم ٧٣ ص ٢٥٨.

(٢٤) اتخذ القانون المصرى موقفا يسمح بتنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر ، بعد فحصها بمعرفة القضاء الوطنى ومنحها الأمر بالتنفيذ. لكنه علق إصدار هذا الأمر على شرط التبادل(م ٢٩٦ مرافعات)، على أساس المعاملة التى يلقاها الحكم المصرى فى الدولة التى صدر الحكم الأجنبى عن قضائها ، وعلى القاضى المصرى عند نظر طلب تنفيذ حكم أجنبى التحرى عن المعاملة التى يلقاها الحكم المصرى فى الدولة التى صدر الحكم الأجنبى عن قضائها ، فإذا كان قانون الدولة الأجنبية يشترط رفع دعوى جديدة ، لتقرير الحق المحكوم به من القضاء المصرى ، فإنه يتعين على القاضى المصرى أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبى ، ويكون للمحكوم له أن يرفع دعوى جديدة أمام القضاء المصرى ، وإذا كان القانون الأجنبى يقبل تنفيذ الحكم المصرى بشرط أن تقوم المحكمة بفحصه من الناحية الموضوعية ، فإن القاضى المصرى يسلك نفس المسلك إزاء الحكم الأجنبى. وقد اشترطت المادة ٢٩٨ مرافعات لإصدار الأمر بالتنفيذ بالإضافة إلى ذلك ، أن يتحقق القاضى من أن محاكم الجمهورية غير مختصة بنظر المنازعة التى صدر فيها

التنفيذية فى مصر إلا بصدور هذا الأمر ، وحتى مع صدوره فإن الحكم الأجنبى يظل محتفظا بصفته الأجنبية.

تنظيم لا يسرى على كل الأحكـــام

٣٨ = لم يتضمن التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية تحديدا لأحكام القضاء المدنى ، التى ينطبق عليها هذا التنظيم ، فقد أشارت المادة ٢٨٧ مرافعات وما بعدها إلى الأحكام بصفة عامة ، دون أن تبين المقصود بتلك الأحكام. وقد عالج القانون الفرنسى فى المادة ٥٠١ مرافعات جديد ، الأمر على النحو ذاته ، بينما كان قانون المرافعات الفرنسى القديم ، يحدد هذه الأحكام فى المادة ٥٤٧ والتى كانت تنص على وجوب أن يتضمن الحكم إلزام المحكوم عليه بأداء'' emporter condamnation '' وهو ما أشارت إليه المادة ٥١٥ مرافعات جديد.

٣٩ = وقد واجه تحديد الأحكام المدنية الخاضعة لهذا التنظيم صعوبة كبيرة ، فالحكم من الناحية اللغوية قد يأتى بمعنى القضاء ، حكم بينهم يحكم حكما أو بمعنى الحكمة من العلم[٢٥]. لكنه من الناحية الاصطلاحية ليس بهذا الوضوح ، خاصة أن المشرع المصرى لم يعتنق منهجا معينا فى تحديد مدلول الأحكام ، فقد تطلق الأحكام على القرارات الصادرة من القاضى فى الخصومة سواء فصلت فى موضوعها أو فى إجراءاتها ، كما تطلق على بعض الأعمال الولائية كإيقاع بيع العقار[٢٦]. ومدلول الحكم فى القانون الفرنسى طبقا للمادة

الحكم ، وأن يكون الخصوم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا ، وأن يكون الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى ، وألا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية ولا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب فيها. أنظر: أحمد قسمت الجداوى: المرجع السابق رقم ١٩١ ص ١٩٦ ؛ هشام على صادق: المرجع السابق رقم ٦٠ ، ٦١ ص ٢١٥ وما يليها.

(٢٥) أنظر: المعجم الوجيز ص ١٦٥ ؛ مختار الصحاح ص ٦٥.

(٢٦) أنظر: وجدى راغب: العمل القضائى ص ٦٧٢ ، مبادئ القضاء ص ٣٥ ، والتقسيم الموضوعى والشكلى لأعمال القضاء. عزمى عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاء –

٤٥٤ مرافعات جديد يشمل كل ما يصدره القاضـــى مـــن قرارات حتى القرارات الولائية'' décisions gracieuse[٢٧]''. وعلى العكس من ذلك ، فإن القانون الإيطالى يعطى مدلولا محددا للحكم ، حيث يطلق على القرارات الصادرة فى الخصومة القضائية ، سواء أكان الحكم فاصلا فى الموضوع أو فى الإجراءات منهيا للخصومة أو غير منهيا لها[٢٨].

وقد بذلت محاولات فقهيه عديدة لتحديد المقصود بالحكم ، ومع ذلك فإن هذه المسألة بقيت دون حسم ، فقد ربط فريق من الفقه بين الحكم والمنازعة ، فالحكم هو القرار الصادر عن القضاء فاصلا فى المنازعات[٢٩]. بينما يربط فريق آخر بين الحكم والعمل القضائى ، فالحكم هو العمل القضائى'' acte juridictionnel ''الفاصل فى الحقوق ، والذى يضع به القاضى حدا للمنازعات وتكون له حجية الأمر المقضى[٣٠].

١٩٨٣ ص ٨١.
(٢٧) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٧٢٥ ص ٦٨١. ويطلق لفظ الحكم'' jugement فى فرنسا على قرارات المحاكم الدنيا محكمة الخصومة الكبرى ومحكمة التجارة محكمة الخصومة ، بينما يطلق على قرارات المحاكم الأعلى الاستئناف والنقض لفظ'' arrêts '' أما ما يصدر من القاضى فى أحوال الاستعجال من قرارات فيسمى أمر'' ordonnance ''. فنسان وجينشار: الإشارة السابقة.

(٢٨) أنظر: وجدى راغب: العمل القضائى ص ٦٧٢ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات رقم ٩٤٤ ص ١٠٥٧ ؛ عزمى عبد الفتاح: المرجع السابق ص ٨١.

(٢٩) استحوذت فكرة المنازعة'' contestation ''على الفكر القانونى فى مصر وفرنسا ، كمعيار لتمييز العمل القضائى عن غيره من الأعمال القانونية. ومن أنصار هذه الفكرة فى مصر. عبد الحميد أبو هيف: المرافعات رقم ١٠٦٥ ص ٧٦٦ ؛ رمزى سيف: الوجيز رقم ٥١٧ ص ٥٣٨ ؛ محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد المرافعات ج ٢ رقم ١٠٣٨. وفى فرنسا: سيزار برى: المرافعات رقم ٣٦٣ ؛ كريميه: المرافعات رقم ٨٥ ص ١٠٨ ، وأنظر فى انتقاد هذه الفكرة: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٢٢.

(٣٠) أنظر فى تأييد هذه الفكرة فى فرنسا: سوليس وبيرو: القانون القضائى رقم ٤٦٥ ص ٤٨٢ ، وقريب منه فى الفقه المصرى. فتحى والى: الوسيط رقم ٣٢٩ ص ٦١٢. وفى انتقاد هذه الفكرة. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ـ ١٩٩٠ رقم ١٥٩

٤٠ = وإذا كان تحديد مدلول الحكم على النحو السابق لا يسعف كثيرا فى مجال التنفيذ الجبرى ، فليس كل أحكام القضاء المدنى تخضع لهذا التنظيم ، لهذا ذهب جانب من الفقه إلى حصر نطاق هذه الأحكام ، فيما يصدر عن القضاء من أحكام حاسمة للخصومات ومقررة للحقوق الموضوعية مع اقترانها بالإلزام[٣١]. وهذا الاتجاه يضيق من نطاق تطبيق التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام بحيث تقتصر على أحكام الإلزام الموضوعية الصادرة فى شكل الخصومة ، ويستبعد من هذا النطاق قرارات الإلزام الموضوعية الصادرة خارج إطار الخصومة(أوامر الأداء)، كما يستبعد كذلك أعمال الحماية الوقتية. وقد اتجه رأى آخر ، إلى حصر نطاقه فى أحكام الإلزام كما يعبر عنه منطوق الحكم بحيث يتضمن الحكم تأكيدا لحق لأحد الخصوم ويلزم الآخر بأدائه[٣٢]. ولا يختلف هذا الرأى عن سابقه كثيرا.

وقد اتجه رأى آخر ، إلى توسيع مدلول الأحكام الخاضعة لهذا التنظيم ، بحيث ترتبط بطبيعة الحماية القضائية الإلزامية ، سواء أكانت موضوعية أو وقتية ، وبغض النظر عن الشكل الذى تصدر فيه هذه الحماية. فالأحكام المدنية التى يعترف لها القانون بالقوة التنفيذية هى

ص ٣٢٣.

(٣١) أنظر فى هذا الاتجاه: أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ رقم ١٩ ص ٤٠ ، حيث يعرف الحكم القابل للتنفيذ الجبرى بأنه الحكم الموضوعى الصادر على خصم متضمنا منفعة للخصم الآخر ، ويتطلب تنفيذه استعمال القوة الجبرية. وفى تأييد هذا الرأى: عبد الباسط جميعى: سلطة القاضى الولائية ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦٩ ص ٥٧١ ؛ عزمى عبد الفتاح: التنفيذ الجبرى ص ١١٦ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ٨٧ ص ١١١. ويترتب على هذا الاتجاه حصر مدلول هذه الأحكام ، فى الأحكام الموضوعية الإلزامية دون الحماية الوقتية الإلزامية.

(٣٢) أنظر فى هذا الاتجاه: فتحى والى: التنفيذ رقم ١٩ ص ٣٤ ؛ أمينة النمر: قوانين المرافعات ك ٣ رقم ٧٤ ص ١٣٣. وقريب من هذا الاتجاه: وجدى راغب: التنفيذ رقم ص ٥٤. حيث يرى أن مضمون الحكم هو إعلان عن إرادة القاضى أما التقرير الذى يتضمنه للحق الموضوعى ليس سوى مقدمة منطقية وسببا للإرادة المكونة له والمنشئة لقوته التنفيذية ، أما محله فهو الجزاء القانونى أى حق جزائى.

الأحكام الصادرة بحماية قضائية تأكيديه تؤكد وجود الحق ، وفوق ذلك ، تتضمن إلزام الطرف السلبى بأداء التزامه ، دون التوقف عند نوع الإجراءات التى صدر بها هذا القضاء ، أو طبيعة الدور الذى تؤديه فى إطار الحماية القضائية ، طالما أنها تتضمن حماية إلزامية ، سواء أكانت هذه الحماية من النوع الموضوعى المؤكد للحقوق ، أو من النوع الوقتى الذى يقنع بترجيح وجوده[٣٣].

٤١ = وأعتقد فى صحة ما انتهى إليه الرأى الأخير ، وذلك من منطلق أن مضمون الحماية القضائية الإلزامية ، هو الأساس فى تحديد نطاق تطبيق هذا التنظيم ، بحيث يشمل قضاء الإلزام الموضوعى ، سواء صدر فى شكل الحكم أو فى شكل الأمر ، فأوامر الأداء(م ٢٠١ : ٢١٠ مرافعات)، ولو أنها تصدر فى شكل الأمر ، إلا أنها عمل قضائى إلزامى ، وتخضع من حيث قوتها التنفيذية ، إلى التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية. ويخضع له كذلك ، ما يصدر عن القضاء من أوامر لتقدير المصاريف(م ١٨٤ : ١٩٠ مرافعات)، ذلك لأن هذه الأوامر ليس لها وجود مستقل عن القضاء الصادر بالإلزام بالمصاريف ، وتخضع لما يخضع لـه من أحكام من حيث القوة التنفيذية ، وكذلك الأحكام الصادرة فى التظلم منها ، لأنها أحكام مكملة للحكم الصادر

(٣٣) أنظر فى هذا الرأى تفصيلا: أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ رقم ٥٠ وما يليه. ولتأييد فكرة الاعتراف للحكم المستعجل بالقوة التنفيذية التى تجعل منه صالحا للاقتضاء الجبرى ، فقد استند إلى فكرة ترجيح وجود الحق أى أن يغلب على الظن وجوده ، فالأصل أن الترجيح لا يشكل سندا للإلزام ، واستثناء من هذا الأصل ونزولا على اعتبارات الاستعجال ودفعا للأضرار المحدقة ، يعترف المشرع للقرارات المستعجلة بسلطة الأمر بالإلزام الوقتى للأداء الذى ترجح وجوده.

ويقترب من هذا الرأى: عبد العزيز بديوى: قواعد التنفيذ ص ٥٣ ، إذ القوة التنفيذية تكون للأحكام الملزمة بأداء معين أيا كان نوعه. وأنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ١٩ ص ٤٠ ، حيث يرى أن بعض الأحكام الوقتية تقبل التنفيذ الجبرى ، لأن لها كيانا مستقلا وتتضمن منفعة للمحكوم له ، فالأمر يتطلب تنفيذها ليجنى هذه المنفعة. وأنظر كذلك: أمينة النمر: المرجع السابق رقم ٧٤ ص ١٣٣.

بالإلزام بالمصاريف[٣٤]. ويكون الأمر كذلك ، بالنسبة للأوامر الصادرة بتقدير الرسوم القضائية(م ١٦ : ١٨ من قانون الرسوم القضائية ٩٠/ ١٩٤٤)، باعتبارها قضاء إلزاميا موضوعيا. أما الأوامر الصادرة بتقدير أتعاب الخبير ومصروفاته(م ١٥٨ : ١٦١ من قانون الإثبات) ، وإن تضمنت قضاء موضوعيا إلزاميا ، إلا أن معالجة القوة التنفيذية لها قد تمت بقاعدة خاصة وردت فى المادة ١٥٨ إثبات[٣٥].

يضاف إلى ذلك قرارات الإلزام الوقتية ، فإنها تخضع هى الأخرى لهذا التنظيم ، أيا كان شكل إصدارها ، سواء صدرت فى شكل الحكم أو فى شكل الأمر ، فما يصدر من قاضى الأمور المستعجلة أو من قاضى الموضوع فى مسألة وقتية [٣٦]، كأحكام النفقة الوقتية والحكم بطرد المستأجر من العين المؤجرة لانتهاء مدة الإيجار ، أو من قاضى الأمور الوقتية باتخاذ بعض الإجراءات التحفظية أو الوقتية ، فإن المضمون الإلزامى لهذه القرارات هو الأساس فى خضوعها للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية[٣٧].

---

(٣٤) ولهذا فإن هذه الأوامر لا تخضع لقواعد الأمر على عريضة ، فلا يسقط الأمر إذا لم يتم تقديمه للتنفيذ خلال ٣٠ يوما من تاريخ صدوره(م ١٨٩ مرافعات). ولا يحوز القوة التنفيذية فور صدوره على الرغم من صدوره فى شكل الأمر على عريضة ، وترتبط قوته التنفيذية بانقضاء ميعاد التظلم منه أو الحكم برفض التظلم ، وأن يكون الحكم الصادر فى الموضوع بالإلزام بالمصاريف قد حاز القوة التنفيذية.

(٣٥) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٨٨ وما بعده ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٥٤ وما بعده ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ١٤٣ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ٩٢ وما بعده ، أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ١٥٠ وما بعده.

(٣٦) ما يصدر عن القضاء المستعجل من أحكام يعد المثال النموذجي للقضاء الوقتى ، طبقا للمادة ٤٥ مرافعات ، لكن القانون ينظم تطبيقات أخرى لهذا النوع من القضاء يتمثل فى الأحكام المستعجلة الصادرة عن قاضى الموضوع ، والأوامر على عرائض الصادرة عن قاضى الأمور الوقتية ، والتى تمثل حماية وقتية يسبغها القضاء على الحقوق ، متميزة عن حمايتها الموضوعية والتنفيذية. أنظر: وجدى راغب: مبادئ ص ٦٠.

(٣٧) أنظر فى هذا الموضوع: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٦٠ ؛ التنفيذ ص ١٤٧؛ محمود هاشم: قواعد التنفيذ رقم ١٠٤ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ رقم ١٤٥ ص ٢٦١ ، آثار إلغاء الأحكام رقم ٧٢ ص ١٠٦.

٤٢ = واستنادا إلى المضمون الإلزامى للحكم كأساس للخضوع لهذا التنظيم ، فإن الأحكام التى لا يتوافر لها هذا المضمون ، تكون بمنأى عن الخضوع له. ولهذا يستبعد من نطاق تطبيقه كل من الحكم التقريرى"déclaratoire " والحكم المنشئ" constitutif" فلا يتوافر لها هذا المضمون ،لأن الحكم المقرر يواجه مجرد اعتراض يكفى لرده ، صدور قضاء يقرر وجود الحق أو المركز أو عدم وجوده ، وبصدوره يزول الشك أو التجهيل الذى يلابس الحق أو المركز ، وتتحقق الحماية القضائية الكاملة بتحقيق اليقين القانونى ، دون حاجة إلى التنفيذ الجبرى. والحكم المنشئ يواجه مشكلة الحاجة إلى التغيير ، وضرورة تدخل القاضى لإحداثه ، ولهذا فإن القاضى يكتفى بإحداث التغيير المطلوب ، بعد أن يتأكد من وجود الحق فيه ، وبصدور قراره يتم التغيير وبه تتحقق الحماية الكاملة دون حاجة إلى التنفيذ الجبرى[٣٨].

كذلك فإن الأحكام الإجرائية تستبعد هى الأخرى من هذا النطاق ، وهى الأحكام الفاصلة فى المسائل الإجرائية المتعلقة بتنظيم سير الخصومة[٣٩]، كالأحكام الصادرة من المحكمة فى مسألة اختصاصها ، سواء حكمت باختصاصها أو برفض الدفع بعدم الاختصاص ، أو حكمت بعدم الاختصاص والإحالة ، والأحكام الصادرة فى الدفع المتعلق ببطلان الإجراءات ، والأحكام الصادرة فى الدفع بعدم القبول ، وما يصدر من المحكمة من أحكام فى الدفع بانقضاء الخصومة أو سقوطها أو اعتبارها كأن لم تكن ، والأحكام الصادرة فى قبول أو عدم قبول الطلبات

(٣٨) وقد جرت محاولة لتصنيف هذه الأعمال بحسب موضوعها ، فتم تقسيمها إلى ثلاثة طوائف ، الأولى وتتضمن ما يقوم به القاضى لإزالة عائق مادى أو قانونى ، والثانية ترمى إلى الفصل فى العوائق الإجرائية ، والثالثة تشمل ما يتخذه القاضى من إجراءات تساعده فى تنوير عقيدته.

(٣٩) أنظر فى هذا الموضوع تفصيلا: أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها رقم ٥١ ص ٨٠.

العارضـة ، والأحكـام الصـادرة بوقـف الخصـومة[٤٠]. والأحكام الصادرة بإحالـة الدعوى للتحقيق ، أو بندب خبير أو الانتقال للمعاينة ، أو باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات أو العدول عنه ، أو الإثبات بطريق معين أو عدم جوازه ، وذلك لعدم توافر المضمون الملزم في هذه الأحكام[٤١].

ورغم توافر المضمون الملزم في بعض الأعمال القضائية ، والتى تصدر فـى شـكل الحكـم ، ومـع ذلـك ، فإنهـا تستبعد مـن نطـاق التنظـيم الإجـرانى لقـوة الأحكـام التنفـيذية. ومـن هـذا القبـيل ، مـا يـتم إثـباته مـن اتفاقـات الخصـوم فـى محضـر الجلسة ، طبقا للمادة ١٠٣ مرافعات والتى تنص علـى أن'' للخصـوم أن يطلـبوا إلـى المحكمـة فـى أيـة حالـة تكـون عليها الدعوى. إثبات مـا اتفقـوا عليه فـى محضـر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم . فـإذا كـانوا قد كتبوا مـا اتفقـوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضـر الجلسـة وأثبـت محتـواه فيه. ويكون لمحضـر الجلسة فى الحالتين قـوة السـند التنفيذى وتعطـى صـورته وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صـور الأحكـام''. ذلك لأن مـا يتضـمنه محضـر الجلسة هو عقد صـلح قضـائى ، يستمد قوتـه القانونـية من إرادة الأطـراف ، ويستند فى قوتـه التنفيذية إلـى إرادة إثباته فـى محضـر الجلسة ، ولا يعد حكما أو أمرا من المحكمة ولو اتخذ شكل الأحكـام[٤٢].

---

(٤٠) أثـارت بعض الأعمال المنظمة لسير الخصـومة الخلاف ، كالحكم الصـادر بضم دعويين أو الفصـل بينهما وحكم التأجيل. فقد اعتبرها بعض الفقه من أعمال الإدارة القضائية وهو ما اتجه اليه المشرع الفرنسى ، فى المادة ٣٦٨ مرافعات ، بالنسبة لقرارات الضم والفصل بين الدعاوى وقرارات الشطب. بينما يعتبرها رأى أخر من إجراءات الخصومة ، أما الأحكام الصادرة بوقف الخصـومة ، فإنها تختلف من حيث الطبيعة ، فالحكم بالوقف الجزائى ، طبقا للمادة ٩٩ مرافعات والوقف التعليقى من أجل المسـائل الأولية ، فإنها تعد أحكاما بمعنى الكلمة ، أما الحكم بالوقف طبقا للمـادة ١٢٨ مرافعات ، فإنه يعد من أعمال الإدارة القضائية. أنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٢٥ وما بعدها.

(٤١) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ٢٣.

(٤٢) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ١٥٣.

ويستبعد كذلك من هذا النطاق ، ما يصدر من أحكام طبقا لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، فهذه الأحكام وإن كانت تحوز حجية الأمر المقضى فور صدورها(م٥٥ ق. التحكيم) ومع ذلك ، فإنه لا يكون لها القوة التنفيذية ما لم يصدر أمر قضائى بخلع هذه القوة عليها(م٥٦ ق. تحكيم). ويصدر الأمر بالتنفيذ من المحكمة الجزئية أو الابتدائية المختصة أصلا بنظر النزاع لو كان قد رفع إلى القضاء. أو من محكمة استئناف القاهرة بالنسبة للتحكيم التجارى الدولى ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة استئناف أخرى(م ٩ ق. تحكيم). لكن خلع القوة التنفيذية على هذا الحكم بعمل قضائى لتحقيق الرقابة عليه ، لا يغير من طبيعته حيث يظل محتفظا بطبيعته غير القضائية ، ذلك لأن هذا الحكم يستمد قوته الملزمة من اتفاق أطرافه(٤٣).

تنظيم لحكم بوصف إجرائى معين

٤٣ = لا يخضع للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية من أحكام القضاء المدنى ، سوى الأحكام التى يعترف لها القانون بوصف إجرائى معين ، يكون من شأنه تحقيق نوعا من الاستقرار للحكم ، يبرر خلع القوة التنفيذية عليه ، لكن الوصف المطلوب لتحقيق هذا الاستقرار ، مما تختلف بشأنه التشريعات ، فبعض النظم القانونية ، لا تتطلب أن يحوز الحكم وصفا معينا أو أن يستنفد طرقا معينة للطعن فيه ، لأنها لا تسمح بالطعن فيه كقاعدة ، لكى يحوز الحكم القوة التنفيذية ، حيث يكون للحكم هذه القوة بمجرد صدوره ، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة المتمثلة فى استقرار الحقوق(٤٤).

---

(٤٣) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ١٣٣.

(٤٤) وهذه هى القاعدة المعتمدة فى الفقه الإسلامى ، حيث تحوز الأحكام القوة التنفيذية فور صدورها ، ولا يكون اكتساب الحكم لهذه القوة متوقفا على اكتسابه لوصف معين أو استنفاد طرق معينة للطعن أو المراجعة. أنظر: عبد العزيز بديوى: قواعد التنفيذ ص ٢٣؛عبد الحكم

وقد أخذت بعض النظم بالحل ذاته ، حيث يكفى أن يكون الحكم قد صدر من محاكم أول درجة بصفة ابتدائية لكى يحوز القوة التنفيذية ، لكنها أجازت الطعن فى الأحكام وأعطت للمحكمة التى أصدرت الحكم ولمحكمة الطعن الحق فى وقف تنفيذه ، من أجل التوفيق بين مصالح الأطراف[٤٥]. لكن نظما أخرى ، تبنت تنظيما لا يعترف من حيث المبدأ للحكم بالقوة التنفيذية ، ما لم يتوافر له وصف إجرائى يحول بينه وبين طرق الطعن العادية ، بحيث لا يكون الحكم قابلا للعطن بالاستئناف والمعارضة ، وهو الموقف الذى تبناه القانون المصرى والفرنسى.

٤٤ = وقد اعتمد القانون المصرى فى المادة ٢٨٧ مرافعات ، قاعدة مزدوجة المضمون ، تعبر فى أحد جوانبها عن الحد الأدنى ، من الحصانة الواجب توافرها فى الحكم ، لكى يخضع للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام ، وهو ما عبرت عنه هذه المادة ، بامتناعه عن الطعن بالاستئناف لكى يحوز قوة الأمر المقضى ، وهى الصفة الإجرائية التى تؤهله لاكتساب القوة التنفيذية. وتعبر فى جانبها الآخر ، عن أقصى ما يمكن أن يكون للحكم من حصانة ، بامتناعه عن الطعن بطرق الطعن غير العادية ، لكى يحوز الصفة الباتة التى تجعله بمنأى عن الطعن بأى طريق ، بحيث يتحصن ضد المساس به بشكل مطلق وتكون قوته غير قابلة للنقض[٤٦].

شرف: فى حجية الأحكام ص ١٥ ، فى هذه الفكرة تفصيلا ما يلى رقم ٩١.

(٤٥) وهذا هو الحل الذى اعتنقه القانون السودانى والقانون الإنجليزى بالاعتراف للحكم بالقوة التنفيذية فور صدوره ، ولكن يكون للمحكمة التى أصدرته ولمحكمة الطعن ، سلطة وقف تنفيذه ، وذلك إذا كان الحكم قابلا للطعن. أنظر فى هذا الموضوع: محمد عبد الجواد: المبادئ العامة فى التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات السودانى- مجلة القانون والاقتصاد ٣٦ ـ ١٩٦٦ ص ١١٢؛ أحمد صفوت: النظام القضائى فى إنجلترا ص ٢١٣؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٥٣ ص ١٨٢، وأنظر ما يلى رقم ٩٢ ـ ٩٣.

(٤٦) أنظر تفصيلا فكرة التدرج الإجرائى لحصانة الحكم والاعتبارات التى تستند إليها وموقف القانون المقارن منها ، وتبنى القانون المصرى والفرنسى لهذه الفكرة كأساس لتزويد الحكم

٤٥ = وتقاس حصانة الحكم انطلاقا من طرق الطعن التى يمكن ولوجها ضده والمحكمة التى أصدرته وموقعها بالنسبة لغيرها من المحاكم ، فالأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة تكون أضعف الأحكام جميعا ، نظرا لقابليتها للطعن بطرق الطعن العادية ، وهو ما يعنى إمكان إلغاء الحكم أو تعديله. أما الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الثانية فإنها تكون أكثر حصانة من سابقتها ، وإن كانت حصانتها نسبية ، لأنها قابلة للطعن بطرق الطعن غير العادية ، وتظل إمكانية المساس بها قائمة إلا أن هذا القدر من الحصانة ، يحقق للحكم نوعا من الاستقرار ، يمكن الاعتماد عليه فى تزويد الحكم بالقوة التنفيذية ، أما ما يصدر عن قضاء النقض من أحكام فإنها أكثر الأحكام قوة لأنها تحوز حصانة مطلقة تمنع الطعن فيها بأى طريق.

٤٦ = واستنادا إلى موقف الحكم من طرق الطعن ، فإنه يجرى تقسيم الأحكام إلى حكم ابتدائى'' jugement en premier ressort'' وهو الحكم الصادر عن محاكم أول درجة ويكون قابلا للطعن بطرق الطعن العادية الاستئناف والمعارضة ، وهذا النوع من الأحكام لا يخضع من حيث المبدأ للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية. وحكم انتهائى'' jugement en dernier ressort '' وهوا لحكم الصادر عن محاكم الدرجة الثانية ولا يقبل الطعن بالاستئناف لكنه يكون قابلا للطعن بالمعارضة ، وهذه الصفة لا تكفى لخضوع الحكم لهذا التنظيم فى النظم التى تعتمد المعارضة كطريق عادى للطعن فى الحكم ، فإذا تحصن ضد هذا الطريق فإنه يكون حائزا لقوة الأمر المقضى ، وهى الصفة التى تؤهله للخضوع لهذا التنظيم. وقد تخلص القانون المصرى من هذه التفرقة ، بعد إلغاء المعارضة فى المسائل المدنية والتجارية(٤٧)،

بالصفة التى تكفى لخلع القوة التنفيذية عليه ما يلى رقم ٩٤ وما يليه.

(٤٧) أدخل القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ تعديلا جوهريا على المواد من ٣٨٥ : ٣٩٣ من قانون

ثم ألغيت فى مسائل الأحوال الشخصية بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠(الخاص بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية)[٤٨]، وأصبحت الانتهائية وقوة الأمر المقضى''force de chose jugée '' تعبران عن معنى واحد وهو تحصن الحكم ضد الطعن بالاستئناف ، وبالتالى خضوع الحكم لهذا التنظيم. أما الأحكام الباتة''irrevocable '' وهى الأحكام الصادرة عن محكمة النقض ولا تقبل الطعن بأى طريق ، فإنها تخضع من باب أولى لهذا التنظيم باعتبارها أكثر الأحكام قوة.

٤٧ = والصفة الابتدائية للحكم طبقا للقاعدة العادية فى التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام ، لا تكفى لكى يخضع الحكم لهذا التنظيم ، ومع ذلك ، فإن مثل هذا الصفة قد تكون كافية طبقا للقاعدة الوقتية ، وهو ما أشارت إليه المادة ٢٨٧ مرافعات بقولها''. . . إلا إذا كان النفاذ المعجل منصوصا عليه فى القانون أو مأمورا به فى الحكم''. وقد تولت المادة ٢٨٨ : ٢٩٠ مرافعات بيان نطاق تطبيق هذه القاعدة ، بحيث يكون خضوع مثل هذا النوع من الأحكام لهذا التنظيم متوقفا على إلحاق القوة التنفيذية به ، إما بأمر القانون فى عدد من الحالات أو بأمر من المحكمة ولهذا فإن الحكم الابتدائى ما لم يشفع بمثل هذا الأمر فإنه لا يخضع لهذا التنظيم.

٤٨ = وقد اعتمد القانون الفرنسى الفكرة ذاتها والتى تجعل من خضوع الحكم للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام طبقا للقاعدة العادية ،

المرافعات السابق ، ترتب عليه إلغاء المعارضة كأصل عام ، لكنه أبقى هذا الطريق من طرق الطعن فى بعض الحالات الاستثنائية ، أجاز فيها هذا النوع من الطعن ومنها مسائل الأحوال الشخصية. أنظر: أحمد أبو الوفا: التعليق على النصوص ص ١٥٥٥ وما يليها.

(٤٨) ألغيت المعارضة فى مسائل الأحوال الشخصية بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم بعض إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية فى المادة ٥٦ منه التى تنص على أن''طرق الطعن فى الأحكام والقرارات المبينة فى هذا القانون هى الاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر''. وبهذا يكون هذا القانون قد تخلى عن المعارضة كطريق عادى للطعن فى الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية.

متوقفا على اكتسابه لقوة الأمر المقضى" force de chose jugée ". وقد تضمن نص المادة ٥٠١ مرافعات هذا الحكم صراحة ، فأجازت تنفيذ الحكم متى حاز قوة الأمر المقضى ، إلا إذا منح المدين أجلا للوفاء" délai de grace "أو إذا كان الحكم مشمولا بالتنفيذ المعجل " exécution provisoire "[٤٩]. ويحول بين الحكم وبين هذه القوة الطعون الموقفة للتنفيذ " recours suspensif d'exécution "(م٥٠٠/١ مرافعات)، وهى الطعون العادية الاستئناف والمعارضة(م٥٣٩مرافعات)، وهو ما يحول بين الحكم وبين التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية. وعلى هذا النحو فإن التفرقة بين الحكم الانتهائى والحكم الحائز لقوة الأمر المقضى تسترد قوتها فى القانون الفرنسى ، لأن المعارضة مازالت مقررة كطريق عادى للطعن فى الحكم فى هذا القانون. أما طرق الطعن غير العادية فلا تأثير لها على قوة الحكم التنفيذية[٥٠]، وهذا ما نصت عليه المادة ٥٧٩ مرافعات بقولها طرق الطعن غير العادية لا تؤدى إلى وقف التنفيذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[٥١].

ومع ذلك فإن الحكم الابتدائى يمكن أن يخضع لهذا التنظيم طبقا للقاعدة الوقتية ، وذلك إذا كان مشمولا بالتنفيذ الوقتى ، سواء بنص

---

(٤٩) ومن قضاء المحاكم فى هذا الصدد قولها" الحكم المطعون فيه بالاستئناف أو المعارضة يحوز أثرة التنفيذى من تاريخ إعلانه متى رفض الطعن".

Civ.3e, 15 mai1974, J.C.P.75.11, 18156, note Thuilier, D.1975, 787, obs. Frank, Rev.trim.dr.civ.1975, 787, obs. Perrot.

(٥٠) وقضى فى هذا الخصوص أنه " يكون لحكم محكمة الاستئناف قوة الأمر المقضى ويصبح قابلا للتنفيذ بقوة القانون متى تم إعلانه بعمل من أعمال المحضرين".

TGI Paris, 15 mai 1990, D. 1990. 553, note santa-croce.

(٥١) إذا كانت طرق الطعن غير العادية لا تؤثر فى قوة الحكم التنفيذية ، فقد أجيز وقف قوة الحكم فى بعض الحالات الخاصة بصفة استثنائية والتى لا يكون الوقف جائزا ما لم يرد نص صريح على الوقف ، منها حالات الطلاق والانفصال الجسمانى المادة ٥٠ ، ٥١ مرسوم ٧٥ - ١١٢٤ فى ٥ ديسمبر ١٩٧٥ وفى حالة الحكم على الدولة بمبلغ من النقود مرسوم ١٦ يوليو ١٧٩٣.

القانون أو بأمر من المحكمة ، وقد بينت المواد ٤٨٩ ، ٤٩٥ ، ٥١٤ : ٥٢٥ مرافعات ، نطاق تطبيق هذه القاعدة حيث يكون الحكم صالحا لاكتساب هذه القوة بقوة القانون ، أو بناء على تدخل القاضي ، الذى يكون له شمول الحكم بالقوة المعجلة ، استنادا إلى سلطته التقديرية ودون حاجة إلى طلب ، ليس فقط أمام محاكم أول درجه وإنما أمام محاكم ثانى درجه[٥٢].

تنظيم يخضع للقانون السارى عند صـــدوره

٤٩ = القاعدة المعتمدة بشأن سريان القواعد الإجرائية من حيث الزمان ، هى قاعدة الأثر الفورى أو المباشر للقانون ، ومقتضى هذه القاعدة أن القانون يسرى على الوقائع اللاحقة على صدوره ، فلا يرتد أثره إلى الوقائع السابقة عليه ، فالقانون الجديد لا يسرى بأثر رجعى ، وانطلاقا من هذه القاعدة فإن الإجراء الذى يتم فى ظل قاعدة معينة يظل خاضعا لحكم هذه القاعدة[٥٣]، وهو ما نصت عليه المادة ٢ من قانون المرافعات بقولها" كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص القانون على غير ذلك ".

٥٠ = لكن الضرورات العملية اقتضت أن يستثنى من هذه القاعدة عدد من الحالات ، ويأتى فى المقدمة منها ، القوانين المعدلة لقواعد الاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة(١/١ مرافعات)، وبناء على ذلك فإن القانون الجديد لا يسرى على الدعاوى التى تهيأت للحكم فيها ، باتخاذ المحكمة قرارا بإقفال المرافعة فيها ، أو

(٥٢) أنظر فى تفاصيل هذا النظام وفى الأحكام المستحدثة فى قانون المرافعات الفرنسى الجديد ما يلى رقم ١٨٣ وما يليه.

(٥٣) أنظر: محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ٦ ص ٩ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٨ ص ١٥ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٢٩. ومن قضاء محكمة النقض قولها" تسرى أحكام القانون الجديد على دعوى إلزام المحجوز لديه شخصيا بالدين ، ولو كان الحجز قد أوقع فى ظل القانون القديم" نقض ١٠ فبراير ١٩٨٦ رقم ٣٤٥ س. ٤٢ قضائية.

إذا كانت قد أجلت للنطق بالحكم(م ٢/٢ من قانون الإصدار). كما يستثنى منها كذلك ، القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها(م ٢/١ مرافعات). سواء أكان التعديل بالزيادة أو النقص، بحيث يظل الميعاد خاضعا للقانون الذى بدأ فى ظله فلا يتأثر بالقانون اللاحق الذى يعدل فى كيفية احتساب الميعاد أو فى نظامه القانونى.

يضاف إلى هذه الحالات ، القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق(م ٣/١ مرافعات). وبناء على ذلك فإن قابلية الحكم للطعن تتحدد وفقا للقانون السارى عند صدوره ، ونظرا لارتباط قوة الحكم بطرق الطعن فإنها تخضع هى الأخرى لذات القاعدة ولهذا فإن قوة الحكم التنفيذية تخضع للقانون السارى عند صدوره ، باعتباره القانون الذى يحدد طرق الطعن التى يمكن الالتجاء إليها للطعن فى الحكم ، وليس القانون السارى وقت اتخاذ إجراءات التنفيذ(٥٤)، ذلك لأن قابلية الحكم للتنفيذ الجبرى أو عدم قابليته له عبارة عن وصف لحكم يولد معه ويولد بمقتضاه مراكز إجرائية مكتملة(٥٥).

(٥٤) أنظر: محمد عبد الخالق عمر: الإشارة السابقة ؛ أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة. وهذا الحل ينطبق من باب القياس على السندات التنفيذية الأخرى. فإذا كان القانون السارى وقت إنشاء السند يضفى عليه القوة التنفيذية ، فإنه يظل كذلك ولو صدر قانون لاحق ينزع عنه صفة السند التنفيذى ، ويستطيع صاحب المصلحة أن يتخذ الإجراءات التنفيذية بناء عليه وإذا أضفى القانون صفة السند التنفيذى على محرر معين ، فإن المحررات التى تمت قبل العمل بهذا القانون لا تكتسب صفة السند. أنظر: محمد عبد الخالق عمر: الإشارة السابقة.

(٥٥) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ١٥ ص ٢٣.

الخلاصـــــــــــة

٥١ = أسفرت الدراسة فى هذا الفصل ،عن مجموعة من النتائج يمكن تلخيصها على النحو التالى:

أولا : شهد القانون المصرى تطورا ملحوظا بشأن التنظيم الإجرائى المقررة لقوة الأحكام ، ما بين القاعدة التى تبناها القانون القديم وتسمح تزويد الحكم بالقوة التنفيذية فور صدوره ، مع جعل الطعن فى الحكم بالاستئناف والمعارضة أو ميعاد الطعن معطلا لهذه القوة(القانون المختلط والقانون الأهلى)، وبين القاعدة التى تبناها القانون الحالى ، والتى لا تسمح بتزويد الحكم بالقوة التنفيذية ما لم يتحقق له الاستقرار النسبى الذى يبرر خلع هذه القوة عليه ، ولهذا فإنه يتعين أن يحوز الحكم صفة إجرائية هى قوة الأمر المقضى ، وهى الصفة التى تحول بينه وبين طرق الطعن العادية ، وإن كان قد انتهى به المطاف ، إلى التسوية بين الحكم الانتهائى والحكم الحائز لقوة الأمر المقضى بعد أن ألغيت المعارضة. من جهة ثانية ، فقد تبنى القاعدة الوقتية التى لا تتطلب سوى حكم ابتدائى ، مشمول بالتنفيذ المعجل بنص القانون أو بأمر من المحكمة(قانون المرافعات السابق والحالى).

وقد بدت أهم عيوب هذا التنظيم فى نظرته إلى التنظيم الخاص بقوة الأحكام التنفيذية ، على اعتبار أنه يشكل عنصرا من عناصر التنفيذ ، ومعالجته من خلال قواعد التنفيذ الجبرى ، رغم أن هذه المسألة سابقة عليه وتمهد له.

يضاف إلى ذلك ، أن معالجة القاعدة العادية فى قوة الأحكام تمت من خلال القاعدة الوقتية ، فى حين أن المكان المناسب لها هو الباب التاسع من قانون المرافعات الخاص بالأحكام ، باعتبارها من

آثار الأحكام.

كذلك فقد تمت معالجة للقوة الوقتية(النفاذ المعجل)، باعتبارها استثناء من القاعدة العادية في قوة الأحكام في حين أنها تشكل صورة مستقلة من صور الحماية القضائية.

ثانيا: أن التنظيم الإجرائي لقوة الحكم التنفيذية من شأنه تحقيق صلاحية الحكم للتنفيذ بتزويده بالقوة اللازمة لذلك ، سواء من خلال القاعدة العادية أو القاعدة الوقتية ، ولهذا فلا شأن لهذا التنظيم بنفاذ الأحكام ، فهذه المسألة تعالجها قواعد أخرى. ولهذا فإن المعالجة التشريعية للتنظيم الإجرائي للقوة المعجلة الوقتية في المواد من ٢٨٧ : ٢٩٠ مرافعات تحت عنوان النفاذ المعجل لا يفيد المعنى المقصود من الناحية القانونية.

من جهة أخرى ، فإن هذا التنظيم يجد نطاق تطبيقه الأصيل في قضاء المحاكم المدنية ، وهو القضاء الذي يشكل محورا أساسيا للقواعد الإجرائية في قانون المرافعات ، ولهذا فإن هذه القواعد لا تمتد إلى الأحكام الصادرة من جهات القضاء الأخرى ، سواء أكان قضاء إداريا أو جنائيا ، وإنما تنظمها القواعد الإجرائية المنظمة لهذه الجهات.

بل إنه لا يخضع لهذا التنظيم من أحكام هذه الجهة غير الأحكام الصادرة بالإلزام الموضوعي أو الوقتي ، ولهذا فإنه يستبعد من نطاق تطبيق هذا التنظيم ما يصدر من أحكام مقررة أو منشئة ، وكذلك يستبعد من نطاق هذا التطبيق ما يصدر من أحكام إجرائية منظمة للخصومة ، وما يصدر من أحكام بعدم قبول الدعوى ، وقد يتوافر المضمون الملزم في الحكم ، وما ذلك فإنه يكون مستبعدا

من نطـاق هذا التطبيق ، مـا يتم إثباته فـى محضـر الجلسـة مـن اتفاقات الخصوم تطبيقا لحكم المادة ١٠٣ مرافعات ، ويستبعد من هذا النطاق من بـاب أولـى الأحكـام الصـادرة عـن قضـاء الدول الأجنبية.

يضاف إلى ذلك ، أن خضوع الحكم لهذا التنظيم يتطلب أن يكون الحكم قد حاز حصانة إجرائية ضد طرق الطعن ، تبرر خلع القوة التنفيذية عليه ، وهو الحل الذى تبناه القانون المصرى فى المادة ٢٨٧ مرافعات ، فلا يكون الحكم مستوجبا التنفيذ من حيث المبدأ ما لم يتحصن ضد طرق الطعن العادية ، وهو ما يترتب عليه أن يحوز قوة الأمر المقضى وهى الصفة التى تؤهله لاكتساب القوة التنفيذية ، وبناء على ذلك ، فإن الحكم الابتدائى لا يكون له بهذه الصفة أن يكتسب القوة التنفيذية سوى بصفة استثنائية فى بعض الحالات التى ينص فيها القانون على ذلك ، عدا الحالات التى يكتسب فيها هذه القوة استنادا إلى القاعدة الوقتية.

ثالثا: ويستفاد من تحديد نطاق هذا التنظيم على هذا النحو ، أنه يمكن التوصل إلى ما يفترض توافره فى الحكم من مقتضيات لكى يخضع لأحكام هذا التنظيم ، وتتمثل فى ضرورة صدور الحكم من محاكم القضاء المدنى ، وأن يكون من أحكام الإلزام وأن يحوز الحصانة اللازمة لاكتساب القوة التنفيذية.

✪✪✪

الفصل الأول

مفترضات التطبيـــــــق

تمهيـــــــــد

٥٢ = تطبيق التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية له مفترضاته ولا يكون قابلا للتطبيق إلا بتوافر هذه المفترضات ، ويأتى على رأسها ضرورة صدور الحكم عن محاكم القضاء المدنى ، وأن يصدر فى حدود قواعد الولاية القضائية ، وليس هذا فحسب ، وإنما يجب أن يكون الحكم صادرا بإلزام المحكوم عليه بأداء قابل للتنفيذ الجبرى ، ويضاف إلى كل ذلك ، ضرورة أن يحوز الحكم صفة إجرائية تحصنه ضد طرق الطعن العادية ، حتى يتحقق له الاستقرار المنشود الذى يبرر خلع القوة التنفيذية عليه. وسوف نتناول هذه الموضوعات تباعا على أن تكون دراسة كل موضوع منها فى مبحث مستقل.

المبحث الأول

حكم للقضاء المدنـــــى

التشكيلات الأصلية والفرعيـــــة

٥٣ = يهتم التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام فى المقام الأول بما يصدر عن تشكيلات القضاء المدنى من أحكام ، ويأتى فى المقدمة منها ما يصدر عن تشكيلاته الأصلية ، وهى المحاكم التى أسند إليها التنظيم القضائى مهمة الوظيفة القضائية بصفة رئيسية ، سواء أكانت من محاكم أول درجة'' juridictions du premier degré '' وهى المحاكم الجزئية والتى تشكل أدنى طبقات المحاكم ، وتقوم بجانب هام من مجموع النشاط القضائى ، وتختص بالفصل فى القضايا قليلة القيمة

والأهمية ، ويطلق عليها الدعاوى الروتينية[1]. والمحاكم الابتدائية والتى تعد الخلية الأساسية فى النظام القضائى ، وتكتسب هذه الأهمية من حيث ترتيبها فى طبقات المحاكم ، فهى الطبقة الثانية فى محاكم أول درجة التى تعلو المحكمة الجزئية ، ومن حيث الاختصاص فإنها المحكمة ذات الاختصاص العام والشامل'' tribunal de droit commun '' لأنها تختص بجميع الدعاوى التى ليست من اختصاص المحكمة الجزئية(م ٤٧ مرافعات) وتتميز بأنها الأكبر قيمة وأهمية[2].

يضاف إلى هذه الطائفة الأحكام التى تصدر عن محاكم الدرجة الثانية'' juridictions du second degré '' وهى المحاكم التى تشكل الطبقة التى تعلو طبقة محاكم أول درجة ، وتتكون هذه الطبقة من حيث المبدأ من محاكم الاستئناف'' cours d'appel '' والتى تشغل طبقة مستقلة فى تدرج المحاكم فلا يشاركها فى هذه الدرجة أية محكمة أخرى ، ولا تنعقد إلا باعتبارها محكمة ثانى درجة ، لنظر الطعون المرفوعة عن الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية كمحكمة أول درجة[3]. وتشارك المحاكم الابتدائية بدور فى نطاق محاكم ثانى درجة ،

---

(١) تنتشر المحاكم الجزئية على نطاق واسع حيث يوجد فى مصر كلها على وجه التقريب حوالى ١٨٥ محكمة جزئية بواقع محكمة لكل مركز أو قسم ، ويبلغ عدد المحاكم الجزئية فى دائرة محكمتى القاهرة الابتدائيتين ٢٠ محكمة عدا محاكم الأمور المستعجلة. أحمد مسلم: أصول ص ٩٨ حاشية ١. ويطلق على هذه المحاكم فى فرنسا محاكم الخصومة'' tribunaux d'instance '' وهى من محاكم أول درجة.

(٢) يبلغ عدد المحاكم الابتدائية ٢٤ محكمة على مستوى الجمهورية بواقع محكمة لكل محافظة عدا بعض محافظات الحدود كالوادى الجديد ومطروح والبحر الأحمر وتلحق هذه المحافظات بأقرب محكمة ابتدائية لها كما يجرى تعويض هذا النقص عن طريق إنشاء مأمورية لكى تقوم بالدور المطلوب ، ويوجد بمحافظة القاهرة اثنين من هذه المحاكم محكمة شمال القاهرة ومحكمة جنوب وذلك منذ عام ١٩٧. وتسمى فى فرنسا محاكم الخصومة الكبرى'' tribunaux de grande instance '' وعددها ١٧٥ محكمة بالإضافة إلى ٢٢٧ محكمة تجارية فى مستواها.

(٣) كان النظام القضائى فى مصر حتى وقت قريب يعتمد على محكمة استئناف واحدة هى محكمة استئناف مصر ثم توالى إنشاء هذه المحاكم اعتبارا من عام ١٩٢٦ حتى بلغ عددها الآن

حيث ترفع إليها الطعون عن الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية.

كما يضاف إلى هذه الأحكام ، ما يصدر عن محكمة النقض من أحكام" cour de cassation "(٤) وهى المحكمة التى تتربع على قمة القضائى المدنى ، وتشكل طبقة متميزة من طبقات المحاكم وتتولى الرقابة على أعمال المحاكم الأدنى درجة ، فيما يرفع إليها من طعون عن الأحكام الصادرة من المحاكم الأدنى ، وتهدف هذه الرقابة إلى توحيد فهم القانون وتطبيقه ، عن طريق إرساء مجموعة من المبادئ التى يجب على محاكم القضاء المدنى احترامها ، ولا تعد هذه المحكمة بمثابة درجة ثالثة للتقاضى طبقا للرائى السائد(٥).

٥٤ = كذلك فإن هذا التنظيم يهتم بما يصدر عن تشكيلات القضاء المدنى الفرعية ، وهى المحاكم التى تستند فى وجودها إلى بنيانه الأساسى أو الأصلى استجابة لفكرة التخصص. ويتمثل الهيكل الفرعى

ثمانى محاكم فى كل من القاهرة والإسكندرية وطنطا والمنصورة والإسماعيلية وبنى سويف وأسيوط وقنا(م ٦ سلطة قضائية).

(٤) يعد نقض الأحكام حديث النشأة نسبيا فى مصر ، فقد تم إنشاء هذه المحكمة لأول مرة بالمرسوم ٦٨ لسنة ١٩٣١ تحت اسم " محكمة النقض والإبرام " ولما صدر قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ اكتفى المشرع فيه بتسمية هذه المحكمة" محكمة النقض" وقد استبقى قانون السلطة القضائية هذه التسمية. لم ينشأ نظام نقض الأحكام دفعة واحدة بإنشاء هذه المحكمة فقد اضطر المشرع سنة ١٩٢١ أن يسند نقض الأحكام إلى الدوائر المجتمعة بمحكمة الاستئناف. كان نقض الأحكام فى المسائل الجنائية أسبق فى الوجود فقد كان مقررا منذ إنشاء المحاكم الأهلية وكانت تقوم بهذه المهمة محكمة الاستئناف وذلك بدائرة مكونة من خمسة مستشارين. أنظر: أحمد مسلم: أصول رقم ١١٥ ص ١٠٥.

(٥) أنظر: فتحى والى: الوسيط رقم ١٢٣ ص ٢٠٤ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٢٣٥ ؛ محمود هاشم: قانون القضاء ص ٢١٣ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ١٨١ ص ٣٠٧ ؛ محمد نور شحاته: مبادئ رقم ١٦٠ ص ٢٧٥. ولا يتفق بعض الفقه مع وجهة النظر هذه حيث يرى أنه وإن كان لم يقصد بها أصلا أن تكون درجة ثالثة للتقاضى إلا أنها- فى نظر المتقاضين على الأقل- درجة فعلية من درجات التقاضى ، وإذا قيل أنها لا تتعرض للوقائع ، فإنها مع ذلك ، لها صفتها القضائية ، ولا فى أنه ليس حتما أن تكون درجة للتقاضى مطلقة من كل قيد أو شرط ، وهى على كل حال مرحلة ثالثة من مراحل التقاضى بلا جدال. أنظر: أحمد مسلم: أصول رقم ١١٤ ص ١٠٢.

للمحاكم الجزئية فى محكمة الأمور المستعجلة'' juge de référés '' والتى ترجع فى وجودها إلى المادة ٤٥ من قانون المرافعات ، وتختص بالفصل فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت[٦]، ومحكمة التنفيذ'' tribunal d'exécution '' التى تستند إلى المادة ٢٧٤ مرافعات ، وقد حددت المادة ٢٧٥ مرافعات اختصاصها بالفصل فى جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها كما تختص هذه المحكمة بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ[٧]. ومحكمة شئون العمال'' tribunal des affaires ouvrières '' التى تختص بالدعاوى المتعلقة بعلاقات العمل ، وتوجد محكمة من هذا النوع بدائرة كل من محكمة القاهرة والإسكندرية وبنها وبورسعيد الابتدائية. والمحاكم التجارية'' tribunal de commerce ''والتى تختص بالفصل فى المنازعات التجارية الجزئية ، التى ترفع فى دائرة محكمتى القاهرة والإسكندرية الابتدائيتين[٨]. أما الهيكل الفرعى للمحاكم الابتدائية فيتمثل فى محكمة الأسرة'' tribunal de famille '' كمحكمة متخصصة فى شؤون الأسرة ، وتستند فى وجودها إلى القانون رقم ١٠

---

(٦) تستمد محكمة الأمور المستعجلة وجودها من المادة ٤٥ مرافعات ، والتى تسند إليها الاختصاص بالدعاوى المستعجلة التى ترفع إليها بصفة أصلية ، فى المسائل التى يخشى عليها من فوات الوقت ، فى المدينة التى بها محكمة ابتدائية ، أما خارج هذه المدينة ، فإن الاختصاص بهذه المسائل يكون للمحكمة الجزئية.

(٧) ويجرى تعريف المنازعات الموضوعية فى التنفيذ بأنها اعتراضات على التنفيذ ترفع من أطرافه أو من الغير وتهدف إلى الحصول على حكم موضوعى يؤثر فى التنفيذ ، من حيث صحته أو بطلانه أو من حيث جوازه أو عدم جوازه ، وقد تكون سابقة على بدأ إجراءاته أو لاحقه عليه. أما منازعات التنفيذ الوقتية(الإشكالات) فهى عوارض فى التنفيذ يبديها أطراف التنفيذ أو الغير ، وغالبا ما تتخلل إجراءاته لكنها يمكن أن تكون سابقة على التنفيذ ، لتدارك الأخطار الناشئة عنه بطلب اتخاذ تدبير وقتى يكون من شأنه التأثير فى التنفيذ سلبا بوقف إجراءاته أو إيجابا بمعاودة الإجراءات سيرها أو يؤدى إلى زواله أو التأثير فى محله. أنظر: للمؤلف: منازعات التنفيذ الجبرى رقم ٢٧ ص ٩٧ رقم ٧٢ ص ٢٤٥.

(٨) وتستمد كل من محكمة العمال والمحاكم التجارية وجودها من قرار وزير العدل استنادا إلى المادة ١٣ من قانون السلطة القضائية.

لسنة ٢٠٠٤ وبمقتضى المادة الأولى من هذا القانون ، فإنه يجرى إنشاء محكمة للأسرة فى دائرة كل محكمة جزئية على مستوى الجمهورية ، وتختص هذه المحكمة دون غيرها بالفصل فى جميع مسائل الأحوال الشخصية التى ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠(م ٣ من قانون محكمة الأسرة)[٩].

الالتزام بحدود الولاية القضائيـــة

٥٥ = يجب أن تكون الأحكام القضائية صادرة فى حدود الولاية العامة لقضاء الدولة حتى تحقق آثارها[١٠]، فما يصدر من أحكام خارج حدود الولاية العامة لقضاء الدولة[١١]، أيا كانت الجهة التى أصدرتها فإنها لا تدخل فى عداد الإحكام ، لأن القاضى يفقد صفته خارج حدود

(٩) أنظر القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ – الجريدة الرسمية – العدد ١٢ تابع(أ) فى ١٨ مارس سنة ٢٠٠٤.

(١٠) الولاية لغة تعنى السلطان ، وفى الاصطلاح فإنها تعنى صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية فى شئون غيره ، وبصدد ولاية القضاء ، فإنها تعنى سلطة الدولة فى رعاية شئون مواطنيها والطارئين عليها ، عن طريق ما تنشئه من جهات ، باعتبارها الأمينة على مصالح الناس وتسييرها. وتبسط الدولة ولايتها القضائية على أرضها ، لكنها تخول هذا الأمر للسلطة القضائية عن طريق المحاكم. أنظر: مختار الصحاح ص ٣٦٠ ؛ السنهورى: الوسيط ج ١ رقم ١٤٧ ؛ محمود هاشم: قانون القضاء ص ٢٤٥.

(١١) يتقيد قضاء الدولة بالحصانات المقررة للأشخاص الاعتبارية الدولية من دول ورؤساء هذه الدول وممثليها الدبلوماسيين ، ومن منظمات دولية وممثلى هذه المنظمات ، وذلك ضد الخضوع لقضاء الدولة الموجودين على أرضها بناء على قواعد القانون الدولى وتحدد اتفاقية فيينا فى ١٩٦١/٤/١٨حدود الحصانات الدبلوماسية. ويتقيد كذلك بالمنازعات ذات العنصر الأجنبى ، طبقا للمعايير الواردة فى المواد من ٢٨ : ٣٥ من قانون المرافعات ، فما لم يتوافر أى من المعايير الواردة فى هذه المواد ، فإن المنازعة تخرج من ولاية القضاء المصرى ، وتتقيد هذه الولاية كذلك بأعمال السيادة ، وهى الأعمال التى تقوم بها الحكومة وتظل بمنأى عن رقابة القضاء ، وذلك طبقا للمادة ١٧ من قانون السلطة القضائية ، والمادة ١١ من قانون مجلس الدولة. أنظر: أحمد مسلم: أصول رقم ١٧٥ ؛ محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد رقم ٢٩٧ ؛ محمود هاشم: قانون القضاء ص ٢٤٧ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٢٢١ ص ٣٨٣.

الولاية العامة للقضاء ، وما يصدر عنه من أحكام لا تكون لها صفة الحكم ولا يكون لها حجية الأمر المقضى[١٢]. ومتى كان الحكم منعدما على هذا النحو ، فلا تلحقه أية حصانة ويجوز رفع دعوى أصلية بطلب انعدامه ، والتمسك بهذه الواقعة أثناء إجراءات التنفيذ ، ويكون للمحكمة أن تقضى بانعدامه من تلقاء ذاتها ، أو إذا تم التمسك بانعدامه فى صورة دفع فى دعوى منظورة أمامها[١٣]. وطالما أنه لا يعد حكما على هذا النحو ولا يكون له أية حجية فإنه لا يخضع بالتالى ، للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام ولا يكون له أية قوة تنفيذية.

٥٦ = كذلك فإنه يجب صدور الحكم فى حدود ولاية الجهة القضائية التى أصدرته ، وذلك فى حالة تعدد جهات القضاء داخل الدولة[١٤]، ذلك لأن ما يصدر من أحكام خارج حدود ولاية الجهة التى أصدرته بحسب قواعد توزيع الولاية [١٥]، فإن تحقيق الحكم لآثاره ومنها

---

(١٢) أنظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٢١٩ ، العمل القضائى ص ٥٨٦ ؛ محمود هاشم: قانون القضاء ص ٣٣٢ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول ص ١٢٠٠. وفى التمييز بين الانتفاء المطلق والانتفاء العارض للولاية ، وذلك بحسب ما إذا كانت المسألة لا تدخل أصلا فى ولاية قضاء الدولة كالمنازعات ذات العنصر الأجنبى ، التى لا تدخل فى ولاية القضاء المصرى أو تدخل فى الوظيفة التشريعية أو التنفيذية ، ويكون الانتفاء مطلقا بهذه المنازعات. أو بحسب ما إذا كانت المنازعة تدخل أصلا فى ولاية القضاء ، لكن المشرع يستبعدها من ولايته ، كأعمال السيادة والحصانات القضائية ، ويكون الانتفاء بها عارضا. أنظر: أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى رقم ١١٧ وما بعدها ، الموجز فى المرافعات رقم ٢٤.

(١٣) أنظر: أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(١٤) تأخذ بعض النظم القانونية بوحدة القضاء كالقانون الإنجليزى ، ولذلك فإن ولاية القضاء فى الدولة ، تؤول إلى جهة قضائية واحدة ، لكن هذه الوحدة لا تمنع من الأخذ بنظام تخصص القضاة داخل جهة القضاء الواحدة ، وهذا النظام يحقق المساواة بين المتقاضين. أنظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٢١٣.

(١٥) لا تستقل جهة المحاكم بولاية القضاء وحدها ، وإنما يشاركها فى ذلك ، القضاء الإدارى باعتباره هيئة قضائية مستقلة(م ١٧٢ من الدستور ، م ١ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢). ولهذا فإن توزيع الولاية بين هذه الجهات يخضع للقاعدة التى أوردتها المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية والتى تنص على أنه" فيما عدا المنازعات الإدارية التى يختص بها مجلس الدولة ، تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم ، إلا ما استثنى بنص خاص". وقد صاغ هذا النص القاعدة العامة فى توزيع الولاية ، فقد أثبت لجهة المحاكم الولاية

قوته التنفيذية أثار الخلاف فى الرأى. فاتجه جانب من الفقه إلى القول ، بأن مخالفة قواعد توزيع الولاية بين جهات القضاء المتعددة لا تمنع الحكم الصادر بالمخالفة لهذه القواعد من إنتاج آثاره ومنها حجية الأمر المقضى ، فهذه المخالفة وإن كانت تؤدى إلى تعييب الحكم لكن إصلاح هذا العيب يكون عن طريق الطعن فى الحكم بطرق الطعن المقررة ، ومتى استنفدت هذه الطرق استقر الحكم بشكل نهائى[١٦]. ويجد هذا الاتجاه سنده فى وحدة الولاية القضائية حيث تثبت للقاضى بمجرد تعيينه ولاية القضاء بصفة مجردة ومن ثم يكون صالحا للقضاء فى كل ما يدخل فى ولاية القضاء ، ولو كانت المسألة تخرج من ولاية الجهة المعين بها ، ولهذا فإن ما يصدره من قضاء يكون صحيحا ومتمتعا بالحجية ، أمام جميع جهات القضاء الأخرى ، طالما أنه لم يلغ بطريق من طرق الطعن[١٧].

لكن اتجاها آخر فى الفقه يرى أن الحكم الصادر على خلاف قواعد توزع الولاية القضائية بين جهات القضاء ، يكون حكما صحيحا له

العامة فى القضاء المصرى وللمحاكم الإدارية ما يتعلق فقط بالمنازعات الإدارية(م ١٠ من قانون مجلس الدولة). انظر: أحمد مسلم: أصول رقم ١٧٧ ؛ فتحى والى : الوسيط رقم ١١٠ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٢١٨ ؛ محمود هاشم: قانون القضاء ص ٢٥٦؛ أحمد السيد صاوى : الوسيط رقم ١٩٣ ؛ أحمد ماهر زغلول : أصول رقم ٢٢٩.

(١٦) انظر: أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام رقم ١٣٧ ص ٣٣٧ ؛ رمزى سيف: المرافعات ص ٣١٥ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٢٣٠. وفى الفقه الفرنسى: جلاسون وتيسييه: المرافعات ج ١ ص ٦٧٤ ؛ موريل: المطول رقم ٢٩٥. وفى إطار نفس الاتجاه فقد تم التمييز بين الأحكام الصادرة عن محاكم القضاء المدنى على خلاف قواعد توزيع الولاية وبين ما يصدر من المحاكم الاستثنائية أو الخاصة خارج حدود ولايتها ، فما يصدر من محاكم القضاء المدنى فى هذه الحالة يظل حكما قضائيا صادرا عن قاض ، لأن هذه الجهة ذات ولاية عامة ، فلا تفقد صفتها القضائية بالنسبة للدعاوى الداخلة فى الحدود العامة لولاية القضاء ، وإنما يكون حكمها معيبا ، أما ما يصدر من المحاكم الاستثنائية خارج حدود ولايتها ، فإنه يكون منعدما فى كل الحالات. انظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة.

(١٧) ويجد هذا الأساس تأييدا فى الفقه الإيطالى: "ردنتى" ج ١ رقم ٣١ ص ١٣٤ ؛ "ليبمان" موجز ج ١ ص ٩٧ ؛ "كيوفندا" مبادئ ص ٣٦٨. مشار إليه: محمود هاشم: قانون القضاء رقم ٢١٢ ص ٣٣٣.

حجيته ، فى مواجهة محاكم الجهة التى تتبعها المحكمة التى أصدرته ، بينما يكون معدوم الأثر أمام محاكم الجهة الأخرى صاحبة الولاية. ويجد هذا الاتجاه سنده فى أن توزيع الولاية بين جهات قضائية مستقلة ، يجعل من ولاية كل جهة بالقدر المحدد لها طبقا لقواعد توزيع الولاية ، بحيث تنتفى ولايتها خارج حدود القدر المحدد لها ، فإذا تجاوزته فإن عملها يكون معدوم الأثر (١٨). وهذا الاستقلال تؤكده المواد ١٦٥ ، ١٧٢ ، ١٧٤ من الدستور ، والمادة الأولى من قانون مجلس الدولة معدلة بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤. ولا يكتمل وجود هذا الاستقلال إلا باستئثار كل جهة بولاية قضائية محددة ، تنتفى صلاحيتها خارج حدودها(١٩).

وقد أضاف هذا الفريق حجة أخرى مفادها أن الأخذ بالرأى المخالف يؤدى إلى نتائج غير منطقية ، منها جواز مخالفة قواعد توزيع الولاية باتفاق الخصوم ، وهى قواعد متعلقة بالنظام العام ، حيث يكفى الاتفاق على رفع النزاع إلى جهة لا ولاية لها بنظره فإذا أصدرت حكما فإنه يقيد الجهة صاحبة الولاية ، وهو ما يؤدى إلى مخالفة قواعد توزيع الولاية(٢٠).

---

(١٨) أنظر: محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد ج ١ رقم ٢٨٠ ص ٣٥٥ ؛ أحمد مسلم: أصول رقم ٢٨٣ ص ٣٠١ ؛ محمود هاشم: قانون القضاء رقم ٢١٢ ص ٣٣٣ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٣١٣ ص ٣٣٦ ؛ أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى رقم ١٤٨ ص ٢٨٧ ؛ الموجز فى المرافعات رقم ٢٤٣ ص ٤٢٨. وقد جرى قضاء محكمة النقض نحو تأييد هذه الفكرة. أنظر: نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ س ٨ ص٤٩٦ ؛ نقض ١٩٥٨/١/٩ س ٩ ص ٦٢ ؛ نقض ٢/١٩٦٣/٧ س ١٤ ص ٤٦٢ ؛ نقض ١٩٦٤/٥/٢٧ س ١٥ ص ٧٢١ ؛ نقض ١٩٧٤/١١/٢٦ س ٢٥ ص ١٢٨٦ ؛ نقض ١٩٨٠/١/٢٨ س ٣١ ص ٣١٢.

(١٩) أنظر عرضا مفصلا لحجج المؤيدين والمعارضين: أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(٢٠) أنظر: محمود هاشم: الإشارة السابقة. وفى معرض بيان حرص المشرع على استقلال الجهات القضائية ، فقد أوجب فى المادة ١١٠ مرافعات على المحكمة ، الإحالة متى كانت المسألة المعروضة عليها لا تندرج فى ولايتها ، وإنما فى ولاية جهة قضائية أخرى ، كما تمنع المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية ، المحكمة من الفصل فى المسائل الأولية التى تندرج فى ولاية جهة قضائية أخرى . أنظر: أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

٥٧ = وأعتقد فى صحة ما انتهى إليه الرأى الأخير ، ذلك لأنه فى حالة صدور أحكام متناقضة ، فى مسألة واحدة من جهتين قضائيتين مختلفتين ، نتيجة لاستقلال كل جهة بتحديد المسائل الداخلة فى ولايتها ، فإن المشرع قد أسند مهمة فض التنازع القائم فى هذه الحالة ، إلى المحكمة الدستورية العليا(ق. ٧٨ لسنة ١٩٧٨)(٢١)، التى يكون لها تحديد الجهة صاحبة الولاية ، وفى ضوء ذلك يتحدد الحكم واجب التنفيذ أما الحكم الآخر فإنه يعتبر كأن لم يكن.

وبناء عليه فإن الحكم الصادر من القضاء المدنى ، على خلاف قواعد توزيع الولاية بين جهات القضاء ، يعد حكما فى مواجهة محاكم هذه الجهة ويكون لـه حجية الأمر المقضى ، ويخضع بالتالى للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام ويكون لـه القوة التنفيذية ، بتوافر بقية المفترضات ، لكن هذه القوة تكون مهددة ، إذا صدر حكم من الجهة صاحبة الولاية وكان متناقضا معه ، لأن مصيره سوف يتوقف على موقف المحكمة الدستورية منه ، التى يكون لها إهدار هذه القوة ، إذا قضت بأن القضاء المدنى لا ولاية له بنظر هذه المسألة.

أن يكون له وصف الحكـــم

٥٨ = الاعتداد بالحكم وبما يترتب عليه من آثار ومنها قوته

(٢١) أسندت مهمة فض التنازع لمحكمة النقض بهيئة جمعية عمومية طبقا للمادة ١٩ من قانون نظام القضاء رقم ٢٧ لسنة ١٩٤٩. وعلى أثر الانتقادات التى وجهت إلى هذا التنظيم ، تم إنشاء محكمة التنازع ، والتى تولت مهمة فض التنازع ، طبقا للمادة ١٨ من قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩وكان تشكيل هذه المحكمة من رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه رئيسا ومن ثلاثة من مستشارى محكمة النقض وثلاثة من مستشارى مجلس الدولة ، تختارهم الجمعية العمومية لكل من الجهتين كأعضاء. وقد استبدل المشرع هذا التنظيم ، بإنشاء المحكمة العليا بالقانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ وعهد إليها بحل مشكلة التنازع ، وبصدور دستور ١٩٧٩ فقد تم إنشاء المحكمة الدستورية العليا ، لتحل محل المحكمة العليا ، وأسند إليها الفصل فى مسائل التنازع طبقا للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

التنفيذية ، يقتضى أن يكون له وصف الحكم ، ولا يكون كذلك إلا بتوافر أركانه ، يضاف إلى ذلك ، ما يلزم من شروط لصحة هذه الأركان ، وعندئذ فإنه يمكن وصفه بالحكم الصحيح. لكن الحكم يمكن أن يكون مشوبا بعيب من العيوب ، التى تؤثر فى وجوده أو فى صحته ، وتؤثر بالتالى فيما يترتب عليه من آثار ، وهذا يتوقف على مدى جسامة العيب فالعيوب ليست على درجة واحدة ، فإذا شاب العيب أحد العناصر الجوهرية اللازمة لوجود الحكم ، فإنه يكون عيبا جسيما مؤثرا فى هذا الوجود ، وإذا شاب العيب أحد عناصر الصحة ، فإن مثل هذا العيب لا يؤثر فى وجود الحكم ، وإنما يؤثر فى صحته ويؤدى إلى بطلانه. لكن التمييز بين الصحة والبطلان والوجود'' L'existence '' والانعدام '' L'inexistence '' مسألة ليست سهلة أثارت الكثير من الجدل[٢٢]، ذلك لأن وجود العمل يرتبط بتوافر عناصره الجوهرية ، اللازمة

---

(٢٢) يرجع الفضل فى لفت الأنظار ، إلى التمييز بين العيوب المبطلة للعمل ، والعيوب التى تؤثر فى وجوده ، إلى فقه القانون المدنى فى فرنسا ، وذلك بصدد عقد الزواج ، فقد تم التمييز بين العيوب المبطلة للعقد ، والعيوب التى تصيب عنصرا جوهريا فيه ، فالعيب المبطل لا ينال من وجود العقد حيث يظل قائما ، ولكنه يكون باطلا ، ويخضع من هذه الزاوية لمبدأ'' لا بطلان بغير نص'' أما العيب الذى يصيب عنصرا جوهريا فيه ، فإنه يؤدى إلى تجريد العمل من أحد عناصر وجوده ، بحيث لا يتصور وجوده دون هذا العنصر ، وهو ما يؤدى إلى انعدامه ، وبالتالى لا يخضع لقاعدة''لا بطلان بغير نص''. وقد امتد نطاق تطبيق هذه الفكرة إلى غير ذلك من العقود. أنظر فى عرض هذه الفكرة تفصيلا: جميل الشرقاوى: نظرية بطلان التصرف القانونى – رسالة القاهرة ١٩٥٣ رقم ١١٩ وما بعده ؛ السنهورى: الوسيط ج ١ رقم ٣٠٠.

وقد وجدت هذه الفكرة تطبيقا لها فى فقه القانون الإدارى ، بصدد القرارات الإدارية ، وذلك من أجل تحديد العناصر الجوهرية التى تتكون منها ، وتؤثر على وجودها ، وغير ذلك من العناصر التى تؤثر فى صحتها. أنظر: سليمان الطماوى: النظرية العامة للقرارات الإدارية ١٩٧٦ ص ٣٦٥ وما بعدها ؛ رمزى الشاعر: تدرج البطلان فى القرارات الإدارية – رسالة عين شمس ١٩٦٧ ص ٣٤ وما بعدها. وأنظر عرضا لهذه المسألة والمراجع المشار إليها: أحمد ماهر زغلول: إعمال القاضى رقم ٢٠٠ وما يليه.

وقد أيد الفقه الإجرائى هذه الفكرة. أنظر: أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام رقم ١٣٧ ص ٣٣٧ ؛ محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد رقم ٢٨٠ ص ٣٥٥ ؛ وجدى راغب: العمل القضائى ص ٤٠٣ وما بعدها ؛ مبادئ ص ٢٢٠ ؛ محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى رقم ٢٢ ؛ ٢٣ ؛ أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى رقم ٢٠٠ وما يليه.

لوجوده ، فلا يكون من الممكن تصور هذا الوجود بدونها ، وهو ما يطرح مشكلة التمييز بين عناصر الوجود التى لا يكتمل وجود العمل بدونها ، وعناصر الصحة التى لا تؤثر فى وجوده وإنما فى صحته ، وهذا ما وقع بشأنه الخلاف.

٥٩ = فقيل أن تحديد عناصر وجود العمل مسألة منطقية فى المقام الأول ، بحيث يكون العمل منعدما متى تخلف أحد عناصره التى لا يتصور وجوده من الناحية المنطقية بدونها ، وهى عناصر واقعية تفترضها طبيعة العمل وموضوعه فلا يكون من المتصور وجوده بدونها(٢٣). بينما يرى فريق آخر أن تحديد عناصر وجود العمل وعناصر صحته مسألة قانونية ، فالقانون هو المرجع فى تحديد هذه العناصر ، وإذا كان القانون لم يميز بين عناصر الوجود وعناصر الصحة فإن إجراء هذا التمييز ، إما أن يعتمد على العناصر المميزة للعمل أى المكونة لهيكله الخاص ، بحيث لا يتصور وجوده كعمل قانونى ، ما لم يشتمل على الحد الأدنى من هذه العناصر ، وإما أن يعتمد على العناصر المنشئة له والتى وبدونها يعتبر مجرد واقعة ليس له سوى مظهر العمل(٢٤). وقد حاول فريق آخر الجمع بين الفكرتين ، فوجود

---

(٢٣) ويطلق على هذه الفكرة نظرية الانعدام المنطقى ، أو الانعدام المادى أو الفعلى ، ذلك لأنه لا توجد مادية للعمل ، ومن أمثلة هذا النوع من الانعدام ، إعلان لم يوقع عليه المحضر ، حكم لا يشتمل على قرار ، إعلان صحيفة بيضاء بغير أى بيان ، حكم يصدر من شخص لم يكن قاضيا ، عدم توقيع القاضى على الحكم . ومن أنصار هذه النظرية فى فرنسا: أوبرى ورو: القانون المدنى - ج ١ ص ٢٣٠ ؛ جلاسون: داللوز ١٩٠٣ - ١ - ١٣٧. وانظر عرضا لهذه النظرية: فتحى والى: نظرية البطلان تحديث : أحمد ماهر زغلول - ١٩٩٧ رقم ٢٩٥ ؛ وجدى راغب: العمل القضائى ص ٤٠٥ وما بعدها.

(٢٤) وقد عرف بعض أنصار هذا الاتجاه العمل المنعدم من الناحية القانونية ، بأنه العمل الذى يخالف قاعدة من قواعد النظام العام ، بينما عرفه البعض الآخر ، بأنه العمل الذى لا ينتج أى أثر قانونى أو الذى تنقصه أحد العناصر اللازمة والتى بغيرها لا يصلح لترتيب الآثار القانونية الخاصة به. ومن أمثله هذا النوع من الانعدام ، الصحيفة التى لا يبين فيها المحكمة التى يجب على المدعى عليه الحضور أمامها ، أو الصحيفة التى لا يبين فيها أسم المعلن أو المعلن إليه ،

العمل يرتبط بتوافر عناصره المنطقية والقانونية معا ، فيكون العمل منعدما من الناحية المنطقية ، بتخلف أحد عناصره المنطقية ، ويكون منعدما من الناحية القانونية بتوافر عناصره المنطقية وتخلف أحد عناصره القانونية ، كعنصر الشكل فهو وإن لم يكن من العناصر المنطقية لوجود العمل ، لكنه من العناصر القانونية التى يؤدى تخلفها إلى انعدام العمل[٢٥].

٦٠ = لكن الفكرة التى استطاعت حل هذه الصعوبة أقامت تمييزا بين ما يعد من مقتضيات الوجود ، وهى الأركان اللازمة لوجود العمل من الناحية القانونية ، وما يعد من مقتضيات الصحة ، وهى الشروط التى يتطلبها القانون فى هذه الأركان. ففيما يتعلق بالأركان فإنها إما أن تكون أركانا موضوعية تتعلق بمضمون العمل ، وهى الإرادة والمحل والسبب ، وإما أن تكون أركانا شكلية تتعلق بنظام العمل الخارجى ، وهى الشخص(القاضى)المفترض(المطالبة القضائية) والشكل(الشكل الإجرائى)، وتخلف أى من هذه الأركان يؤدى إلى انعدام العمل. وفيما يتعلق بمقتضيات الصحة ، وهى الشروط التى يتطلب القانون توافرها فى الأركان ، فإن ما يشوب هذه الشروط من عيوب لا يرقى إلى الحد الذى يؤثر فى وجود العمل ، وإنما يؤثر فى صحته ويؤدى إلى بطلانه ، لكنه يظل قائما مرتبا لآثاره ويكون له حجية الأمر المقضى ، لكنه يكون

عدم وجود أحد الخصوم ، نقص تاريخ العمل الإجرائى. أنظر فى عرض هذه النظرية: فتحى والى: المرجع السابق رقم ٢٩٦.

(٢٥) وفى نفس السياق من الأفكار ، طرحت فكرة الجمع بين الانعدام المادى والانعدام القانونى بحيث يمكن أن يكون العمل منعدما بتخلف أحد عناصره ، التى لا يتصور وجوده بدونها من الناحية الواقعية ، وقد يكون منعدما كذلك ، حتى مع توافر عناصره الواقعية ، بتخلف أحد عناصره القانونية اللازمة لوجوده. ومن الأمثلة التى تساق فى هذا الصدد ، عدم انعقاد الخصومة لتخلف العلم بها فى جانب الخصم بعدم الإعلان وتخلف الإرادة وإغفال التوقيع أو صدور العمل من شخص ليس لديه سلطة قضائية أو اعتدى على مبدأ الفصل بين السلطات. أنظر: فتحى سرور: نظرية البطلان رقم ١٢٧ وما يليه.

قابلا للطعن من أجل تصحيح ما شابه من عيب[٢٦].

٦١ = وباعتماد هذا التحليل وإعمال نتائجه ، فإن العيب الذى يشوب ركن من أركان الحكم يكون عيبا جسيما ، يؤثر فى وجوده ويؤدى إلى انعدامه ، ولا يكون من الممكن إطلاق وصف الحكم عليه ، وبتجريده من صفته القضائية على هذا النحو ، فإنه يكون محروما من آثار الأحكام ، فلا يستنفد سلطة القاضى الذى أصدره ولا يكون له حجية الأمر المقضى ، ويكون من الممكن رفع دعوى جديدة بذات الموضوع ولنفس السبب وبين الخصوم أنفسهم ، دون أن يكون فى الإمكان دفعها ، بالتمسك بسبق الفصل فيها ، كما لا يكون له القوة التنفيذية التى يعترف بها القانون للأحكام ، ويجوز المنازعة فى التنفيذ لهذا السبب استنادا إلى عدم وجود سند تنفيذى[٢٧]. وإذا تجرد الحكم من هذا الوصف ، فإنه يكون من الممكن التمسك بانعدامه بدعوى أصلية ترفع خصيصا لهذا الغرض[٢٨]، ويكون لصاحب المصلحة التمسك بانعدامه عن طريق الدفع ، وللقاضى أن يقرر انعدامه من تلقاء نفسه إذا تم التمسك به فى دعوى منظورة أمامه.

---

(٢٦) أنظر: وجدى راغب: النظرية العامة للعمل القضائى ص ٤١٣ وما بعدها. وانظر: فى تأييد هذا الاتجاه فى أحكام النقض حيث تقول المحكمة" عدم جواز رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم. الاستثناء تجرده من أركانه الأساسية". نقض ١٩٨٠/١/٢٤ لسنة ٤٢ رقم ٥٦٧ ؛ نقض ٧٩/٢/١٤ لسنة ٤٨ رقم ١٠١٧ ؛ نقض ١٩٨٠/١/٢٨ لسنة ٤٥ رقم ١٠٥١.
وجدت فكرة الانعدام معارضة من بعض الفقه ، استنادا إلى افتقارها إلى السند التشريعى ، علاوة على أنها فكرة خاطئة وغير دقيقة وغير مفيدة ، ذلك لأنها لا تقدم أى فائدة فى ميدان الفن القانونى ، فضلا عن أنها لا تقوم على أساس منطقى أو قانونى. مع الاعتراف فى الوقت نفسه بإمكان تحقق انعدام حقيقى يتحقق فعلا. أنظر: فتحى والى: نظرية البطلان رقم ٣٠٢ وما بعده. وفى الرد تفصيلا على هذه الانتقادات. أنظر: وجدى راغب: العمل القضائى ص ٤٠٥.
(٢٧) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ٣٦٥. ومن الأمثلة التى يسوقها فى هذا الخصوص ، الحكم المزور أو غير الموقع من القاضى أو منطوقه متناقضا لا يفهم منه قضاء القاضى أو الحكم الصادر من غير قاض أو من قاض انتفت لديه ولاية إصداره. وأنظر: عبد الباسط جميعى: طرق وإشكالات التنفيذ ص ١٨٢.
(٢٨) أنظر: نقض ١٩٨٠/١/٢٤ الإشارة السابقة.

لكن إذا اتصل العيب بمقتضيات صحة الحكم وأصاب شرطا من الشروط الواجب توافرها في أركانه ، فإن هذا العيب لا يرقى إلى الدرجة التى تؤثر في وجوده ، وإنما تؤثر في صحته ويترتب على هذا العيب بطلانه[٢٩]، ومع ذلك ورغم هذا العيب يظل الحكم قائما من الناحية القانونية ، وصالحا لترتيب كافة آثاره ومنها قوته التنفيذية ، ولا يجوز المنازعة فى تنفيذه استنادا إلى هذا العيب ، ولا يجوز رفع دعوى أصلية بطلب بطلانه[٣٠]، ولا يكون من الممكن مهاجمته سوى بطرق الطعن المقررة قانونا[٣١]، وهو ما قننه القانون الفرنسى فى المادة ٤٦٠ مرافعات ، والتى تقضى بأن طلب بطلان الحكم لا يكون إلا بطرق الطعن المقررة قانونا. وفى القانون المصرى فإن هذه القاعدة يمكن أن تستفاد من المادة ٢٢١ مرافعات ، التى تفتح طريق الاستئناف ضد

(٢٩) فى معارضة فكرة الانعدام ، قدمت الفكرة التى تقوم على أساس التنويع فى العيوب ، فهناك عيوب تقبل التصحيح ، وهى عيوب تلحق العمل أو الحكم ، فإذا تم تصحيحها زالت العيوب ، ولا يكون بالإمكان طلب البطلان لهذا السبب ، لكن العيب قد يكون جسيما غير قابل للتصحيح ، فإذا أصاب الحكم فإنه يؤدى إلى تجريده من حجيته ، لكنه يكون قابلا للطعن بطرق الطعن فى الأحكام ، ويكون من الممكن رفع دعوى أصلية بطلب بطلانه ، لكن مثل هذا العيب الجسيم ، لا يؤدى إلى تجريد الحكم من صفته ، ذلك لأن العمل يبقى صحيحا منتجا لآثاره ، حتى يقضى ببطلانه ، والعيب الجسيم هو العيب الذى يحول دون تحقيق الحكم لوظيفته ، وعندئذ فإنه يجب ألا يعطى أية حجية ، لأن إعطاء الحجية له فى هذه الحالة يؤدى إلى نتيجة عكسية. أنظر: فتحى والى: نظرية البطلان رقم ٤١٤ وما بعدها. وفى انتقاد هذه الفكرة. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى رقم ٢٠٧ وما يليه.

(٣٠) أنظر فى تأييد هذه الفكرة : أحمد أبو الوفا : الأحكام رقم ١٣٧ ؛ محمد عبد الوهاب العشماوى : قواعد رقم ٢٨٠ ؛ رمزى سيف : المرافعات رقم ٥٤٣ ؛ عبد المنعم الشرقاوى : المرافعات رقم ٣٨٨ ؛ محمد حامد فهمى : المرافعات رقم ٦٤٦ ؛ وجدى راغب : مبادئ ص ٢٢٠ ؛ أحمد السيد صاوى: الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ـ رسالة القاهرة ١٩٧١ ص ٤٨ ؛ أحمد ماهر زغلول : أعمال القاضى رقم ٢٠٠ وما يليه .

(٣١) ولهذا فإنه لا يجوز اتخاذ منازعة التنفيذ مناسبة للطعن فى الحكم ، لما فى ذلك من مساس بحجية الأمر المقضى ، والقاعدة عدم جواز المساس بالحكم ، إلا بطرق الطعن المقررة ، ومنازعات التنفيذ ليست طرقا للطعن فى الأحكام ، لكن حجية الأمر المقضى تكون قاصرة على المسائل التى فصل فيها الحكم ، فلا حجية له بالنسبة للوقائع اللاحقة على صدوره ، كادعاء واقعة تؤدى إلى تعديل الالتزام أو انقضائه ، كالوفاء أو المقاصة أو تعديل الحكم ذاته أو إلغائه من محكمة الطعن أو بسبب التنازل عنه. أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ٣٦٥.

الأحكام الانتهائية الباطلة الصادرة من محاكم أول درجة ، والمادة ٢٤٨ مرافعات التى تفتح طريق الطعن بالنقض ضد الأحكام الباطلة ، ومتى تحصن الحكم ضد الطعن فإنه ينقلب إلى حكم صحيح.

٦٢ = وتطبيقا لهذه الفكرة ، فإنه إذا شاب الحكم عيبا من هذه العيوب فأنه يعد عيبا جسيما يؤثر فى وجود الحكم ، ويؤثر بالتالى فى الآثار التى تترتب عليه ومنها قوته التنفيذية. إذا صدر الحكم ممن ليست له ولاية القضاء ، ذلك لأن الحكم يجب أن يصدر من قاض له ولاية القضاء صدر قرار بتوليته ، وما يصدره من أحكام قبل ذلك ، أو بعد عزله أو إحالته إلى المعاش ، أو صدر من قاض لم يحلف اليمين القانونية أو موقوف بصفة مؤقتة عن عمله ، أو تم الحجر عليه ومن وقت الحجر ، أو إذا لم تتوافر فى القاضى إرادة إصدار الحكم ، كأن يصدر من قاض ، وهو فاقد لإرادته كما لو كان فى حالة جنون أو سكر تام[٣٢]، فلا يمكن أن يوصف بوصف الحكم. أما ما يصدر من قاض منتدب بطريقة غير صحيحة أو من قاض توافر به أحد أسباب الرد أو لتخلف القاضى الذى اشترك فى المداولة عن حضور جلسة النطق بالحكم ، دون أن يوقع على مسودته ، فإن هذه العيوب لا تؤثر فى وجود الحكم وإن كانت تؤدى إلى بطلانه[٣٣].

وقد وقع الخلاف فى الرأى ، فى حالة القاضى المعين خطأ أو لم يعين بالطريقة التى ينص عليها القانون ، فاتجهت بعض الآراء إلى القول بأن القاضى فى هذه الحالة لا يكون له سلطة القضاء ، وأن العيب

---

(٣٢) أنظر: محمود هاشم: استنفاذ ولاية القاضى رقم ٨٠.

(٣٣) أنظر: محمود هاشم: استنفاد ولاية القاضى رقم ٨٠ . وحتى لا يؤثر الانتداب فى وجود الحكم فإنه يجب أن يكون القاضى المنتدب يعمل فى محكمة أخرى فى الدرجة القضائية التى تؤهله للندب ، فإذا تم على خلاف ذلك ، كأن يتم ندب أحد القضاة فى محاكم الدرجة الأولى للعمل كمستشار فى محكمة النقض فإنه يكون معدوم الصفة ، وتكون الأحكام الصادرة من الدائرة التى يشترك فيها معدومة. أنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ١٣٧.

الذى يلحق الحكم يكون من النوع الجسيم الذى يؤثر فى وجود الحكم. بينما يرى رأى آخر ، أن هذا العيب لا تأثير لـه على صحة الحكم ولا يجوز للخصوم التمسك بـه من أجل إبطالـه[٣٤]، من منطلق أن فتح هذا الطريق أمام الخصوم ، يؤدى إلى زعزعة استقرار الأحكام القضائية. وفى حالة عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى ، فإن بعض الفقه يرى أنـه من العيوب الجسيمة التى تؤثر فى وجود الحكم[٣٥]. لكن الجانب الغالب من الفقه يرى أن العيب الذى يلحق الحكم فى هذه الحالة ، لا يؤثر فى وجود الحكم وإن كان يؤدى إلى بطلانه[٣٦]، ذلك لأن ولاية القضاء لا تزول عن القاضى وإنما يتأثر حياده ، لكن هذه الولاية تزول عنه متى كان القاضى خصما وحكما ، فلا يجوز له الفصل فى قضية هو طرف فيها ، ويكون الحكم معيبا بعيب جسيم يؤدى إلى انعدامه.

٦٣ = صدور الحكم فى خصومة غير منعقدة ، ويتحقق هذا الفرض إذا صدر الحكم على خصم توفى قبل رفع الدعوى ، أو على خصم لم يعلن إطلاقا بصحيفة الدعوى ، أو تم إعلانه بإجراء معدوم أو بإعلان باطل ، كأن يثبت بحكم قضائى تزوير محضر الإعلان فيفقد الإعلان كيانه ووجوده[٣٧]، ويؤثر بالتالى فى وجود الحكم. لكن وفاة

---

(٣٤) وقد تبنى القضاء الإيطالى الرأى الأول فى بعض أحكامه ، بينما اتجه القضاء الفرنسى ، إلى الرأى الثانى فى أحكامه. أنظر: فى عرض هذه الآراء وفى تأييد الرأى الأول. فتحى والى: نظرية البطلان رقم ٤١٧.

(٣٥) أنظر: فتحى والى: المرجع السابق رقم ٤١٩ ، فمن رأيه أن مثل هذا العيب يجعل الحكم باطلا بطلانا لا يقبل التصحيح ، ولا يحوز أية حجية ، استنادا إلى المادة ١٤٧ مرافعات.

(٣٦) أنظر الفقه المؤيد لهذا الرأى. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ١٩٥ ؛ أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ٥٣ ؛ محمود هاشم: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات رقم ٨٣.

(٣٧) أنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم١٣٧. ومن قضاء النقض فى هذا الصدد قول المحكمة "الأصل أن تقوم الخصومة بين طرفيها من الأحياء ، فلا تنعقد أصلا إلا بين أشخاص موجودين على قيد الحياة ، وإلا كانت منعدمة الأثر ولا يصححها إجراء لاحق". نقض ١٣ مارس ١٩٧٥ لسنة ٢٦ ص ٥٨٦. وتقول فى حكم آخر "صدور الحكم على شخص متوفى قبل رفع الدعوى أو

الخصم أثناء سير الخصومة يؤدى إلى انقطاع الإجراءات بقوة القانون ، فإذا سارت الإجراءات رغم ذلك ، فإن الحكم الصادر فيها يكون حكما باطلا. لكن ماذا لو لم تتحقق الوفاة إلا بعد صدور حكم من محاكم أول درجة ، وتم رفع الطعن بالاستئناف باسم المحكوم عليه المتوفى. وقد اتجه الرأى نحو تشبيه الوفاة بعد صدور الحكم وأثناء ميعاد الطعن ، بالوفاة أثناء الخصومة حيث تؤدى إلى صدور حكم باطل ، من منطلق أن خصومة الاستئناف ما هى إلا امتداد لخصومة أول درجـــة[٣٨].

٦٤ = مخالفة القواعد المقررة لإصدار الأحكام قد تصيب الحكم بعيب جسيم يؤدى إلى انعدامه ، كعدم كتابة الحكم أو عدم النطق به ، أو عدم توقيع القاضى على نسخة الحكم أو خلوه من المنطوق ، أو صدور الحكم من هيئة بالمخالفة لقواعد تشكيلها ، كأن يصدر الحكم من قاضيين بدلا من ثلاثة ، أو إذا لم يذكر فى الحكم مطلقا ، اسم المحكوم لـه أو المحكوم عليه[٣٩]. لكن العيب الناشئ من خلو الحكم من التسبيب فإنه

قبل رفع الطعن وجوب اعتباره حكما منعدما''. نقض ١٩٧٩/٢/١٤ طعن ١٠١٧ لسنة ٤٨ قضائية ؛ نقض ١٩٨٠/١/٢٨ طعن رقم ١٠٥١ لسنة ٤٥ قضائية. وتقول فى حكم آخر ''توجيه الطاعن خطابا للمطعون ضدها يخبرها فيه بموطنه الجديد لإعلانه عليه بشأن عقد البيع موضوع الدعوى وهو ذات الموطن المبين بإنذار العرض الموجه منه لها وبصحيفة الدعوى ، وليس فى الموطن المعين بالعقد. قيام المطعون ضدها بإعلانه على العنوان الأخير بصحيفة الاستئناف أثره بطلان الإعلان. عدم حضور الطاعن أمام محكمة الاستئناف. مؤداه انعدام الحكم . لأن عدم حضوره ترتب عليه تعذر التمسك ببطلان صحيفة الاستئناف ، وكان مؤدى ما تقدم أن الخصومة لم تنعقد ، فإن الحكم المطعون فيه يكون منعدما''. الطعن رقم ٤٧٣٦ لسنة ٦٧ قضائية – جلسة ١٩٩٩/١١/٢١ ؛ الطعن رقم ٢٥٠٩ لسنة ٦٠ ق. – جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧ س٤٧ ج١ ص٣٦٨.

(٣٨) وقد أثيرت هذه المشكلة أمام المحاكم الفرنسية ، وانتهت ألى أن العيب الذى يشوب الحكم الصادر من محاكم الاستئناف فى هذه الحالة ، من العيوب التى تؤدى إلى بطلان الحكم وليس انعدامه ، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا النظر. وبرر الفقه هذا المسلك ، على أساس أن خصومة الاستئناف ، ما هى إلا امتداد لخصومة أول درجة. أنظر فى عرض موقف القضاء الفرنسي وتأييده. فتحى والى: البطلان رقم ٤٢١.

(٣٩) أنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ١٣٧ ؛ محمود هاشم: الإشارة السابقة. وقد تناولت المادة ٢/١٦١ مرافعات إيطالى ، العيب الناشئ من عدم توقيع القاضى على الحكم ، باعتباره من العيوب الجسيمة ، وضرورة التوقيع تشمل المسودة ونسخة الحكم الأصلية ، ذلك لأن نسخة

يؤدى إلى بطلان الحكم تطبيقا لنص المادة ١٧٦ مرافعات ، ويكون الطعن فى الحكم هو الطريق المقرر لإصلاح هذا العيب(٤٠).

٦٥ = صدور الحكم بغير طلب بالمخالفة للمبدأ التقليدى الذى يقيد القاضى المدنى بطلبات الخصوم(٤١)، والذى يقضى بوجوب التزامه نطاق هذه الطلبات فى أحكامه دون تجاوزها أو الانتقاص منها(٤٢)، على أن تكون طلبات محددة ، قدمت إلى المحكمة فى الشكل المقرر بعبارات صريحة وجازمة ، سواء أكانت طلبات أصلية أو عارضة ، مع الإصرار عليها حتى نهاية الخصومة(٤٣)، وأن يكون القصد منها

الحكم الأصلية هى السند الرسمى .أنظر: فتحى والى: المرجع السابق رقم ٤٢٣.

(٤٠) أنظر: وجدى راغب: مبادئ ص ٥٩٢ ؛ عزمى عبد الفتاح: تسبيب الأحكام ص ٣٠٠ وما بعدها ؛ وعرضا لصور عيوب التسبيب. فتحى والى: البطلان رقم ٤٢٥. وعرض الرأى العكسى ، الذى يرى فى خلو الحكم من التسبيب ، عيبا جسيما يؤثر فى وجود الحكم ، لأنه يؤثر فى قيام الحكم بوظيفته.

(٤١) حيث يقضى هذا المبدأ بأن الخصومة ملك الخصوم ، أما القاضى فهو شخص محايد يقتصر دوره على المراقبة وإصدار الأحكام ، لكن يجوز له استثناء أن يتحرك تلقائيا دون حاجه إلى طلب ، فالقانون الفرنسى يجيز له ذلك فى مواد الوصاية وفقد الأهلية ، وفى مسائل الإفلاس والولاية م ٢٦ مرافعات جديد ، ويكون له فى الخصومة سلطة إدخال الغير لإلزامه بتقديم مستند فى حوزته. ويكون له هذا الدور أيضا فى القانون المصرى ، فى مسائل الإفلاس والإثبات والمسائل المتعلقة بالنظام العام. أنظر: وجدى راغب: مبادئ ص ٤٠٢ ؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٣٨٢ ص ٤٠٨.

(٤٢) أنظر: محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد ج ٢ رقم ١٢٤ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٩٠ ص ١٤٦ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٤٠٠ ؛ أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ١٨٣ ص ٢٧٣ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٣١٨ ص ٣٤٢ ؛ أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى رقم ١٨٢ وما يليه.

(٤٣) أما ما يثيره الخصوم ولا يعد طلبا بهذا المعنى ، فإن ما يصدر بشأنه من قرارات لا يكون لها حجية الأمر المقضى ، كأن يتعلق الأمر بأوجه دفاع لا تفيد المطالبة بإصدار قرار بشأنها ، أو يكون مجرد تنبيه للمحكمة لحقها فى استجواب الخصم ، دون التمسك بطلب إجراء هذا الاستجواب ، أو مجرد الإشارة فى الصحيفة إلى المسئولية التضامنية للخصوم ، دون طلب الحكم عليهم بالتضامن صراحة ، أو تقديم مستند مثبت لطلب معين ، دون إثارة هذا الطلب أمام المحكمة. وتقول محكمة النقض فى هذا الخصوص: " إن الطلب الذى تلتزم المحكمة ببيان سبب رفضها له فهو الطلب الصريح الجازم الدال على تصميم صاحبه عليه فلا عليها إن هى التفتت عما أثاره الطاعن فى خصوص تحرير السند ، من أقوال مرسلة لا تنبئ عن تمسكه بأن إرادته كانت معيبة بسبب وقوعه تحت تأثير الإكراه". نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ مجموعة الأحكام ٢٩ ص

حماية حق أو مركز قانونى فى حاجة إلى حماية القضـــاء[٤٤].

ومخالفة المبدأ المتقدم قد تبدو فى صورة إغفال الفصل فى الطلبات وهذه المخالفة لا تثير مشكلة وجود الحكم أو انعدامه ، ذلك لأن المحكمة لم تتخذ قرارا فى الطلب المطروح عليها. ويثور التساؤل حول كيفية إجبار القاضى على الوفاء بالتزامه والفصل فى الطلب ، وقد تكفلت النصوص بتقديم الحل ويتمثل فى الرجوع إلى القاضى مرة أخرى ، لكى يقوم بالفصل فى الطلبات التى أغفل الفصل فيها(م ١٩٣ مرافعات)[٤٥].

وقد تكون المخالفة فى صورة تجاوز طلبات الخصوم ، فلا تكتفى المحكمة بالفصل فيما قدم إليها من طلبات وإنما تزيد على هذه الطلبات ، ورغم ما يشوب قضاء المحكمة من عيب إلا أن هذا القضاء يظل قائما مرتبا لآثاره مع كونه معيبا ، ويكون قابلا للطعن من أجل إصلاح هذا العيب[٤٦].

لكن المخالفة التى أثارت الجدل بين مؤيد لوجود الحكم وبين معارض لوجوده أن يصدر الحكم دون طلب ، فقد انحاز جانب من الفقه

١١١٢. مشار إليه وجدى راغب: مبادئ ص ٤٥٧ هامش ٥.

(٤٤) بينت المادة ٦٣ مرافعات طريقة تقديم الطلبات الأصلية فى صورة الصحيفة والمادة ١٢٣ طريقة تقديم الطلبات العارضة ، إما بالإجراءات المعتادة لرفع الدعى أو بتقديم الطلب شفاهه فى الجلسة. وقد أجاز القضاء تقديم الطلب العارض فى صورة مذكرة بشرط ثبوت إطلاع الخصم الآخر عليها. أنظر فى انتقاد هذا المسلك. أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى رقم ١٨٥ وما يليه.

(٤٥) لكن الإغفال لا يتحقق إلا بالنسبة للطلبات الموضوعية ، وأن يكون الإغفال عن سهو أو غلط من المحكمة ، بحيث يظل الطلب معلقا أمامها ، دون أن يتناوله قرار صريح أو ضمنى ، على أن يكو الإغفال كليا ، فلا يتوافر الإغفال إذا فصلت المحكمة فى الطلب بشكل جزئى ، وأن تكون المحكمة قد أنهت الخصومة أمامها بالحكم فى موضوعها. والحل الذى تبنته المادة ١٩٣ مرافعات يقضى بالرجوع إلى نفس المحكمة للفصل فى الطلب الذى أغفلت الفصل فيه ، عن طريق إعلان للخصم بالحضور أمامها لنظر الطلب والفصل فيه ، لكن ذلك لا يمنع من رفع دعوى جديدة أمام المحكمة المختصة. أنظر فى تفاصيل هذا الموضوع: أحمد ماهر زغلول: مرجعة الأحكام بغير الطعن فيها ـ ١٩٩٣ رقم ١٥٠ وما يليـه.

(٤٦) أنظر: فتحى والى: الوسيط رقم ٩٠ ص ١٤٦ ؛ نبيل إسماعيل عمر: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضى رقم ٢١٢.

إلى وجود الحكم من منطلق[٤٧]، أن العيب الذى يشوبه فى هذه الحالة ، لا يرقى إلى درجة العيب الجسيم ، ذلك لأن قضاء المحكمة بغير طلب ، وإن كان يشكل مخالفة للمبدأ المقرر فى الخصومة المدنية ، وهو أن يتقيد القاضى بطلبات الخصوم ، إلا أن العيب الذى يشوب الحكم فى هذه الحالة لا يؤدى إلى انعدامه وأنه مجرد عيب يقبل التصحيح ، بولوج طرق الطعن المقررة قانونا.

بينما يرى الرأى المخالف[٤٨]، أن العيب الذى يصيب الحكم فى هذه الحالــة ، يعد عيبا جسيما يؤثر فى وجوده ، وذلك من منطلق أن المطالبة القضائية هى المفترض الأساسى للعمل ، وتشكل عنصرا جوهريا فيه ، ومتى تخلفت فإن ذلك يكشف عن عدم وجود وظيفة يمكن أن يؤديها العمل ، ذلك لأن وظيفة العمل القضائى التأكيدى ، تتمثل فى إزالة التجهيل الذى يلابس الحقوق ، ولكى يتم إزالة هذا التجهيل ، فإن ذلك يعتمد على نشاط الخصوم فى صورة طلب ، فإذا تخلف هذا الطلب فلا يكون هناك محل لمباشرة الوظيفة ، لتخلف أحد مفترضات وجودها ، فإذا بوشرت رغم ذلك كانت عدما[٤٩].

٦٦ = وأعتقد فى صحة ما انتهى إليه الرأى الأخير ، ذلك لأن الخصومة المدنية تقوم فى الأساس على مبدأ الطلب ، وفى حالة تخلفه فإنه لا تقوم للخصومة قائمه بدونه ، وهو ما يؤثر فى الأحكام الصادرة فيها ويؤدى إلى انعدامها ، ويستثنى من ذلك ، الحالات التى يجيز فيها القانون للقاضى التحرك التلقائى دون طلب ، لأن القاضى يستمد سلطته

(٤٧) أنظر : فتحى والى : الإشارة السابقة.

(٤٨) أنظر: أحمد أبوا لوفا: الأحكام رقم ١٣٧. حيث يرى أن الحكم يكون منعدما فى هذه الحالة نتيجة لكونه صادرا فى غير خصومة. ومع ذلك فإن القانون يعتبره حكما قابلا لالتماس إعادة النظر (م ٢٤١ مرافعات). وفى تفاصيل هذا الراى والحجج العديدة التى قدمها والأحكام المؤيدة لرايه. أحمد ماهر زغلول:أعمال القاضى رقم ٢٠٩ وما يليه.

(٤٩) انظر: أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

من القانون مباشرة لكن هذه السلطة تظل محصورة فى إطار ما تسمح به النصوص. ولهذا فإن القاضى لا يحتاج إلى طلب للحكم بالإفلاس طبقا للمادة ٥٥٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (م١٩٦ من القانون التجارى الملغى)، أو الحكم بتزوير المحرر طبقا للمادة ١/٥٨ من قانون الإثبات ، أو الحكم ببطلان العقد لعدم مشروعية السبب لتعلق هذه المسألة بالنظام العام[٥٠]، ولا يعد القضاء الصادر من القاضى فى هذه الحالات قضاء بغير طلب.

كما لا يعد قضاء بغير طلب ما تصدره المحكمة من أحكام فى الطلبات الضمنية ، وهى الطلبات التى تنطوى عليها طلبات الخصوم الصريحة ، ومثال ذلك طلب تصفية الشركة ينطوى على طلب حلها ، وطلب شطب تسجيل ملكية المدعى عليه بسبب ملكية المدعى ، ينطوى على طلب الحكم بثبوت الملكية ، وطلب المستأنف إلغاء الحكم الصادر ضده بالإخلاء ، يتضمن طلب الحكم برفض دعوى الإخلاء[٥١]، وقضاء المحكمة فى الطلب الضمنى ، لا يعد قضاء بما لم يطلبه الخصوم ، ويكون القاضى قد باشر نشاطه فى حدود الطلبات المطروحة عليه[٥٢].

٦٧ = لكن التحفظ الوحيد على الرأى السابق هو عدم انسجامه مع النصوص ، فالمادة ٥/٢٤١ مرافعات تسوى بين الحكم الصادر بغير طلب والحكم الصادر بأكثر من طلبات الخصوم ، وتجعل من حكم المحكمة فى الحالتين قابلا للطعن بالالتماس ، وهو ما يفيد أن العيب

---

(٥٠) أنظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٤٠٢ ؛ احمد ماهر زغلول: أعمال القاضى رقم ١٨٢ ص ٣٧٢. وسلطة التحرك التلقائي للقاضى الفرنسى ، تثبت له طبقا للمواد ٣٩١ ، ٣٩٥ من القانون المدنى فى مسائل الوصاية على القصر ، وفى مسائل الإفلاس طبقا للمادة ٢ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ، وفى مسائل الإثبات والمسائل المتعلقة بالنظام العام. أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٣٨٢ ص ٤٠٨.

(٥١) أنظر: فتحى والى: الوسيط رقم ٢٧٢ ص ٤٥٧ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٤٠١.

(٥٢) أنظر: احمد ماهر زغلول: أعمال القاضى رقم ١٨٨.

الذى يشوب الحكم ، لا يؤثر فى وجوده وترتيبه لآثاره وإنما يجعله قابلا للطعن ، فإذا تحصن ضد الطعن فيه فإنه ينقلب إلى حكم صحيح.

وقد أحسن المشرع الفرنسى صنعا عندما جعل من الأحكام الصادرة بغير طلب أو بأكثر من الطلبات لا تستنفد سلطة القاضى الذى أصدرها ، ويكون له مراجعتها لكى يتدارك ما بها من عيوب بناء على طلب الخصوم ، وقد اعتمد قانون المرافعات هذا الحل فى المادة ٤٦٣ ، ٤٦٤ مرافعات ، حيث يكون إغفال الفصل فى الطلبات أو الحكم بغير طلب أو بأكثر من الطلبات ، سببا لمراجعة الحكم بواسطة القاضى الذى سبق له الفصل فيه(٥٣).

المبحث الثانى

أحكام الإلـــــــزام

دور الحكم فى تحقيق الحمايــــــة

٦٨ = تنقسم الإحكام من زاوية دورها فى تحقيق الحماية القضائية إلى أحكام تحقق الحماية القضائية الكاملة بمجرد صدورها ، وينتمى كل من الحكم التقريرى" déclaratif " والحكم المنشئ" constitutif " إلى هذا النوع من الأحكام ، ذلك لأنه بصدور هذه الأحكام تتحقق الحماية القضائية الكاملة(٥٤)، ولا تكون فى حاجة إلى حماية تكميلية ، إما بإزالة

(٥٣) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٩٢ ص ١٢٤.

(٥٤) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ رقم ١٩ ص ٤١ ؛ فتحى والى: التنفيذ الجبرى رقم ٢٢ ص ٣٩ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ التنفيذ رقم ٨٧ ص ١١١ ؛ محمود هاشم: قواعد التنفيذ رقم ٤٦ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ رقم ٥١ ص ٩٩. وقد اعتبر جانب من الفقه أن الحكم التقريرى والمنشئ يحقق الحماية القانونية الكاملة. فتحى والى: الإشارة السابقة ؛ محمود هاشم: الإشارة السابقة. بينما يرى جانب آخر ، أن الحماية التى تحققها هذه الأحكام ، هى الحماية القضائية الكاملة ، إذ أن الحماية القانونية قد تتحقق بوسائل غير قضائية ، فالقانون يجيز بشروط خاصة ، اقتضاء الشخص حقه بنفسه ، والإدارة تلجأ إلى التنفيذ المباشر دون الالتجاء

الشك أو التجهيل الذى يلابس الحق أو المركز القانونى ، أو بإحداث التغيير المطلوب. ففى الحكم التقريرى يكتفى القاضى بتقرير وجود الحق أو المركز القانونى أو نفى وجوده ، دون إلزام المحكوم عليه بأداء معين ، وهكذا يتم إزالة الشك حول وجوده ، ذلك لأن الحماية القضائية فى هذه الصورة لا تواجه مخالفة لالتزام ، وإنما تواجه مجرد اعتراض يكفى لرده صدور قضاء يقرر وجود الحق أو المركز ، وهذا النوع من القضاء لا يحتاج إلى حماية تكميلية أو إضافية ، ولهذا فإن الحكم التقريرى لا يقبل التنفيذ الجبرى ولا يعترف له القانون بالقوة التنفيذية ، وإنما تتحقق آثاره بما له من حجية ، تمنع من إثارة خصومة قضائية فى نفس الموضوع إلا أن تكون دعوى إلزام[٥٥].

وفى الأحكام المنشئة فإن القاضى يكتفى فى هذا النوع من الأحكام بإحداث التعديل المطلوب ، بعد التأكد من وجود الحق فيه ومن الحاجة إلى التغيير ، وما يصدره من أحكام فى هذا الخصوص يحقق دوره فى إطار الحماية القضائية ، بإحداث التغيير بمجرد صدوره من خلال الأثر الذى يترتب عليه وهو حجية الأمر المقضى باعتباره قضاء موضوعيا فلا يحتاج إلى حماية تكميلية ، ولهذا فإن الحكم المنشئ لا يتمتع بالقوة التنفيذيـــة[٥٦].

إلى القضاء ، ويسمح القانون بعدد من الوسائل للحصول على حق أو حمايته ، كالحق فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ واشتراط الفسخ والدفاع الشرعى ، ولهذا فإن الحماية القضائية تعد صورة من صور الحماية القانونية. محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٠ ص ٦٥. وأنظر الحكم التقريرى والحكم المنشئ فى الفقه الفرنسى:

P. ESMEIN, Les effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits, Thèse Paris, 1914; MONTAGNE, De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile, Thèse Paris, 1912; L. MAZEAUD, De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit, Rev.trim.1929, p.17.

(٥٥) أنظر: فتحى والى: الوسيط رقم ٦٦ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٥٠.

(٥٦) أنظر: فتحى والى: الإشارة السابقة ؛ وجدى راغب: الإشارة السابقة.

٦٩ = لكن من الأحكام ما تكون فى حاجة إلى حماية تكميلية ، وتنتمى أحكام الإلزام" jugement de condamnation "إلى هذا النوع من الأحكام ، ذلك لأن هذا النوع من الأحكام يؤدى دورا مزدوجا فى إطار الحماية القضائية ، فهو بالإضافة إلى ما يرد فيه من تقرير لوجود الحق أو المركز ، فإنه يتضمن إلزام المدين بأداء قابل للتنفيذ الجبرى ، فهو يبدأ بتقرير وينتهى بتنفيذ ، وعلى هذا النحو ، فإنه يؤدى وظيفة تحضيرية للتنفيذ القضائى(٥٧).

وإذا كان الحكم المقرر والحكم المنشئ ، يحقق الحماية القضائية الكاملة بمجرد صدوره ، فإن حكم الإلزام على العكس من ذلك ، لا يترتب على صدوره تحقيق الحماية القضائية الكاملة ، ذلك لأنه إذا امتنع المحكوم عليه عن الوفاء اختيارا ، فإنه لا يكون هناك مفر من إجباره على ذلك ، ولا يصلح لأداء هذا الدور سوى حكم الإلزام ، الذى يعطى للمحكوم لـه الحق فى طلب حماية قضائية تكميلية ، تيسر فرض الاقتضاء الجبرى للحق على المحكوم عليه ، ولا يتسنى له ذلك ، إلا إذا كان مزودا بالقوة التنفيذية وتوافرت له بقية الشروط(٥٨).

٧٠ = وإذا كانت أحكام الإلزام هى محل الاعتراف القانونى بقوتها التنفيذية ، نظرا لدورها المزدوج فى إطار الحماية القضائية (٥٩)، فإن

(٥٧) أنظر: وجدى راغب: مبادئ ص ٥٢ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٤٨ ص ١٠٠ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٥١.

(٥٨) أنظر: فتحى والى: الوسيط رقم ٧٧ ص ١٢٤ ؛ التنفيذ الجبرى رقم ٢٢ ص ٣٩ ؛ وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ محمود هاشم ؛ الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(٥٩) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ١٩ ص ٤٠ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٢٢ ؛ عبد الباسط جميعى: التنفيذ ص ٧٥ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ٨٧ ص ١١١ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٧٥ ؛ أمينة النمر : المرافعات ك ٣ رقم ٧٤ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٤٩ ؛ عبد العزيز بديوى: قواعد رقم ٥٣ ؛ عزمى عبد الفتاح: قواعد ص ١٣٢ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧٤ ص ١٣٣.

صلاحية هذه الأحكام لاكتساب القوة التنفيذية ، يتوقف على مضمون الأداء الواجب الوفاء به ، ذلك لأن مآل هذه الأحكام أن تكون سندا تنفيذيا لاقتضاء الأداء الثابت فيها ، ولهذا فإن هذا المضمون يجب أن يعبر عن التزام بأداء قابل للتنفيذ الجبرى ، ولا يكون كذلك ، إلا إذا صدر فى صورة حماية قضائية جزائية[٦٠]، تهدف إلى إزالة ما وقع من تعد على الحقوق ، بالإعمال الفعلى للجزاء المترتب على وقوع المخالفة ، وهذا الجزاء إما أن يرمى إلى حصول الدائن ، على ذات الالتزام الأصلى للمدين ، كأن يكون الالتزام بإزالة بناء فإن الجزاء الذى يستهدفه يكون جزاء عينيا[٦١]، وإما أن يرمى إلى الحصول على أداء بديل يحل محل الالتزام الأصلى ، ويكون الجزاء فى هذه الحالة جزاء تعويضيا.

٧١ = لكن القوة التنفيذية للقضاء الصادر فى هذه الحالة تتوقف على إمكان التنفيذ الجبرى للجزاء فلا تحول دونه أية موانع سواء أكانت موانع مادية أو أدبية ، ومثال النوع الأول ، هلاك الشىء محل الالتزام بالتسليم ، سواء أكان هلاكه بسبب أجنبى أو بخطأ من المدين ، ذلك أن هلاك الشىء يؤدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، فإذا التزم شخص بتسليم شىء معين بالذات ، وهلك هذا الشىء بعد نشأة الالتزام فلا يكون ممكنا

---

(٦٠) تعتمد الحماية القضائية التنفيذية على فكرة الإجبار ، وهذا النوع من النشاط يستند على فكرة الجزاء المدنى ، وهو عبارة مركز موضوعى يلتزم بمقتضاه من اعتدى على حق ، أن يقوم قبل صاحب الحق بأداء معين قابل للتنفيذ الجبرى ، سواء أكان هو عين الأداء الأصلى(جزاء مباشر)، أو كان أداء بديلا(جزاء غير مباشر)، وانطلاقا من هذا المركز ، فإنه يجرى تنظيم علاقة ذوى الشأن بناء على قواعد القانون الموضوعى. وقد أثار الالتزام الجزائى الخلاف ، فاتجه رأى إلى أنه لا يعد التزاما جديدا ، لذا فإن التأمينات الضامنة للالتزام الأصلى ، تظل ضامنة للتعويض. فى حين يرى فريق آخر أنه التزام جديد. لكن هناك من يرى ، أنه مركز جديد ذو طبيعة إجرائية ، ويتضمن إخضاع المسئول عن المخالفة لإجراءات التنفيذ الجبرى. أنظر فى هذا الرأى وفى عرض الآراء السابقة: وجدى راغب: التنفيذ ص١٦.

(٦١) أنظر: محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ٥ ص ٥. حيث يرى أن الجزاء يمكن أن يكون عينيا ، ويمكن أن يكون تعويضيا ، لكن التنفيذ يكون عينيا دائما ، بحسب هدفه فى قانون المرافعات.

تسليمه عينا لاستحالة ذلك ، ولا يكون أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض إذا كان الهلاك بخطأ من المدين ، أما إذا كان بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه فإن الالتزام ينقضى ولا يكون من الممكن تنفيذه(٦٢). أما النوع الثانى فقد يتمثل فى المساس بحرية المدين الشخصية ، وذلك إذا كان تنفيذ الالتزام يقتضى تدخل المدين بشخصه كالالتزام بالتمثيل فى مسرحية معينة أو برسم لوحة ، ولا يكون التنفيذ ممكنا فى هذه الحالة دون المساس بحرية المدين وهذا غير ممكن(٦٣)، ولا يكون أمام الدائن سوى المطالبة بالتنفيذ بمقابل أى بطريق التعويض(٦٤). والحماية القضائية الجزائية قد تكون موضوعية أو وقتية.

الإلزام الموضوعـــــــى

٧٢ = فى الإلزام الموضوعى فإن سعى القضاء لا يتوقف عند مجرد تقرير وجود الحق أو المركز القانونى من أجل إزالة الشك أو التجهيل الذى يلابسه ، وإنما يتجاوز ذلك ، إلى إلزام المحكوم عليه بأداء معين واجب الوفاء ، يكون من الممكن الجبر فى تنفيذه ، ذلك لأن هذه الصورة من صور الحماية القضائية ، لا تواجه مجرد اعتراض يكفى لرده صدور قضاء يقرر وجود الحق أو المركز القانونى كالحماية التقريرية ، وإنما تواجه مخالفة فى شكل اعتداء تحقق بالفعل ، ويكون هدف الحماية القضائية إزالة الضرر الذى لحق بالحق أو المركز القانونى ، ولا يكون من الممكن تحقيق ذلك ، إلا عن طريق صدور

(٦٢) أنظر: محمد لبيب شنب: الأحكام رقم ٢٠٩ ص ٢٤٢.
(٦٣) أنظر: والالتزامات التى يتعذر الوفاء بها ، دون تدخل المدين بشخصه ، قد تكون التزام بعمل أو بامتناع عن عمل ، سواء أكان ذلك بمقتضى الاتفاق أو بحسب طبيعة الالتزام كالتزام طبيب له خبرة خاصة بإجراء جراحة لمريض ، أو التزام فنان له موهبة خاصة بعمل فنى. أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ١٨ ؛ أمينة النمر: المرافعات ك ٣ رقم ٣ ص ١١؛ محمود هاشم: قواعد التنفيذ رقم ٦ ص ١٦.
(٦٤) أنظر: محمد لبيب شنب: الإشارة السابقة.

قضـاء إلـزام يقرر فيه القاضـي وقـوع المخالفـة وينـتهي بإلـزام المعـتدى بالجـزاء الناشـئ عنـها[٦٥]. ولـهذا فـإن الطلـبات المقدمـة إلـى المحكمـة لا تقتصـر علـى طلـب تقرير حق أو مركز قانونى ، وإنما تضيف إلى ذلك ، طلـب الإلـزام بـأداء معين ، قد يكون الحكم بمبلغ من النقود امتنع المدين عن الوفـاء بــه ، أو الحكم بالـتعويض ، أو تسليم منقول معين ، أو إخلاء عيـن مـن شـاغلها وتسـليمها إلـى صـاحب الحـق فـيها ، أو إقامـة بنـاء أو إزالـته ، أو سد نافذة أو مطل أو حفر مسقى أو مصرف ، أو تعبيد طريق لتمكيـن مـن لـه حـق المـرور مـن اسـتعماله. وقبول هذه الطلبات مشـروط بـتحقق الضـرر فعلا حتـى يكـون للطالـب مصـلحة فـى إزالته ، ولا يكون ذلـك ممكـنا إلا بصـدور قضـاء موضـوعى بـالإلـزام يقـرر الحـق ويلـزم المعتدى بإزالة الضرر[٦٦]. فإذا لم يمتثل المحكوم عليه طوعا لهذا القرار

(٦٥) انظر: احمد ابو الوفا: المرجع السابق رقم ١٩ ؛ فتحى والى: المرجع السابق رقم ٢٢ ؛ عبد الباسط جميعى: المرجع السابق ص ٧٥ ؛ وجدى راغب: المرجع السابق ص ٧٥ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ٨٧ ؛ أمينة النمر: المرجع السابق رقم ٧٤ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٤٩ ؛ عزمى عبد الفتاح: التنفيذ ص ١٣٢ ؛ أحمد ماهر زغلول: اصول رقم ٧٤ ؛ عبد العزيز بديوى: قواعد ص ٥٣ ؛ فنسان: طرق التنفيذ رقم ٢٣.

(٦٦) انظر: الفقه المؤيد لهذه الفكرة الإشارة السابقة. وانظر فى تأييد القضاء لضرورة صدور قضـاء بالزام لكى يحوز القوة التنفيذية. نقض ١٩٨٧/٢/٢٦ حيث تقول المحكمة''الأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى والتى يجوز الطعن فيها استقلالا. م ٢١٢ مرافعات. ماهيتها. الأحكام المتعلقة بالإثبات فـى الدعوى المقررة لحق دون إلزام الخصم بأداء معين يقبل التنفيذ الجبرى. لا تعد كذلك''. طعن رقم ١١٤٩ لسنة ٥٢ قضـائية ؛ ونقض ٧٩/١٢/٥ لسنة ٣٠ ع ٢ ص ١٥٨٠ – مجلـة القضـاة السنة ١١ العدد الأول ١٩٨٨ ص ٢٨٤. وتقول فـى حكم آخر''يقصـد بالأحكـام القابلـة للتنفيذ الجبرى فى معنى المادة ٢١٢ هى التى تصدر فى طلب موضوعى لأحد الخصوم وان تكون قابلـة للتنفيذ الجبرى ، فتخرج من عدادها الأحكام التى تقتصر على مجرد تقرير حق أو مركز قانونى أو واقعة قانونية ، دون إلزام أى من الخصـمين بأداء عمل معين يقبل التنفيذ الجبرى ، بحيث إذا نكل عن أدائه تدخلت الدولة لإضفاء الحماية القانونية عليه عن طريق التنفيذ بوسائل القوة الجبرية''. نقض ١٩٧٩/٥/٢٤ طعن رقم ٥٥٩ لسنة ٤٦ ؛ نقض ٧٩/٢/١٢ طعن رقم ٧ لسنة ٤٧ ؛ وأنظر: نقض ٧٩/٧/٣ طعن رقم ٦٤٢ لسنة ٤٤ قضائية ؛ ونقض ٧٩/٦/٩ طعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٤٧ قضـائية ؛ ونقض ١٩٨١/١/٥ طعن رقم ١٨٤٩ لسنة ٤٩ قضائية. وإذا تضمن الحكم الصـادر بصـحة ونفاذ عقد البيع قضاء بالتسليم ، فإنه يكون فى خصوص هذا الشق من أحكام الإلزام التى تقبل التنفيذ الجبرى ، كتاب إدارة الفتوى والتشريع بوزارة العدل رقم ٦١٧ فى ١٩٥٩/٣/٢٦ ، وطبقا لفتاوى قسم الرأى بوزارة العدل فإن أحكام تثبيت الملكية

يكون من الممكن إجباره على ذلك ، بما لهذا القرار من قوة تنفيذية.

٧٣ = وقرارات الإلزام الموضوعى لا ترتبط بشكل الحكم وحده ، فقد اعتمد القانون المصرى ، قاعدة عدم التلازم بين قرارات القضاء وشكل إجرائى محدد لإصدارها ، فلم ينظم قانون المرافعات شكلا واحدا لأعمال القضاء ، فهذه الأعمال إما أن تصدر فى شكل الحكم أو فى شكل الأمر[٦٧]. فعندما يكون تدخل القضاء يحتاج إلى مواجهة بين الخصوم ، فإن الإجراءات تتم فى شكل الخصومة ويصدر القرار فى شكل الحكم ، وعندما يكون هذا التدخل لا يحتاج إلى مثل هذه المواجهة ، كطلب اتخاذ إجراء تحفظى أو الإذن بعمل قانونى معين أو المصادقة على عمل فإن القرار يكون فى شكل الأمر[٦٨].

ويعتمد اختيار الشكل المقرر لإصدار العمل على ملاءمة الشكل لطبيعته ، من منطلق أن الشكل هو أداة ووسيلة القضاء فى ممارسة أعمال الوظيفة القضائية ، ولهذا فإن أعمال الحماية الموضوعية تصدر كقاعدة فى شكل الحكم ، لأن طبيعة هذا النوع من الحماية ، تحتاج إلى تحقيق مواجهة بين الخصوم فى شكل الخصومة ، للتحقق من صحة الواقعة المعروضة على المحكمة ، لكن هذه الحماية قد تصدر فى شكل

وأحكام الشفعة تتضمن قضاء بالتسليم حتى ولو لم ينص فى منطوقها على ذلك ، ذلك أن تسليم الأعيان المحكوم بتثبيت ملكيتها أو بأخذها بالشفعة ، هو من مقتضيات الملكية التى لا يمكن ممارستها إلا بتسليم الأعيان محل الحكم. ومن ثم تكون هذه الأحكام قضاء بالإلزام التى تقبل التنفيذ الجبرى ، الذى يباشره المحضرون تحت إشراف ورقابة القضاء. الفتوى رقم ١٠٦٩٥ ـ ١٢٤/١ فى ١٩٥٢/١/٢٣ ـ الفتوى رقم ١١٣٩٠ ـ ٢٢٤/١ فى ١٩٥٤/١/٢ ومبلغة بالمنشور رقم ٧٤ ـ ٣/٤٥ (٤٣) فى ١٩٥٤/٢/٢. مشار إليه. أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ ٢٢١ والهوامش المحلقة.

(٦٧) أنظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٣٦ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٥٨. وتصدر أعمال الحماية القضائية فى القانون الفرنسى فى أربعة أشكال ، شكل الحكم ومحضر الصلح وشكل الأمر ، وهو على نوعين: الأمر على عريضة " ordonnance sur requête " والأمر المستعجل" ordonnance de référé ".

(٦٨) أنظر: أحمد مسلم: أصول المرافعات رقم ٦٠٥ ص ٦٢٩.

الأمر ، في الحالات التي لا تحتاج إلى مثل هذه المواجهة(أوامر الأداء). وأعمال الحماية الوقتية تصدر كقاعدة في شكل الحكم ومع ذلك فقد تصدر في شكل الأمر ، كالإذن بتوقيع الحجز التحفظي. وأعمال الحماية التنفيذية تصدر كقاعدة في شكل الأمر ومع ذلك فقد تصدر هذه الأعمال في شكل الحكم كالحكم الصادر ببيع العقار. وأعمال الحماية الولائية تصدر في شكل الأمر ومع ذلك فقد تصدر في شكل الحكم كالحكم بشهر إفلاس التاجر[٦٩].

ونتيجة لعدم التلازم بين أعمال القضاء وشكل محدد لإصدارها ، فالعمل القضائي وإن كان له شكله الخاص الذي يتلاءم معه ويصدر فيه كقاعدة ، فليس هناك ما يمنع من صدوره في الشكل أو الأشكال الأخرى فالأحكام والأوامر هي أشكال خارجية للعمل ليست لها طبيعة خاصة بعيدا عن العمل الذي يكون مضمونها الداخلي[٧٠]. ولهذا فإن الأحكام قد تكون موضوعية أو وقتية أو تنفيذية أو ولائية ، والأوامر قد تكون هي الأخرى كذلك ، ويكون مضمون العمل هو المعول عليه في خضوعه لنظام قانوني معين[٧١]، واستنادا إلى المضمون الإلزامي للعمل فإن قرارات الإلزام الموضوعي تكون لها القوة التنفيذية ، بغض النظر عن الشكل الذي تصدر فيه[٧٢].

---

(٦٩) أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة ؛ وجدي راغب: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(٧٠) أنظر: وجدي راغب: العمل القضائي ص ١٣٤ ، التنفيذ ص ١٤٠ ، مبادئ القضاء ص ٣٩ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٥٨ وما يليه.

(٧١) لا يمكن إنكار دور الشكل ، إذ يظل للشكل دوره في حدود معينة ، وذلك فيما يتعلق بتحديد النظام الواجب التطبيق ، فيخضع العمل في شكله الخارجي ومنهجه الإجرائي ، للقواعد المتعلقة بالشكل الذي ورد فيه حكما أو أمرا. وتطبيقا لذلك ، فإن تحديد طرق الطعن المتاحة ، والنظام الإجرائي للطعن يرتبط بالشكل الذي يصدر فيه العمل القضائي سواء صدر في شكل الحكم أو شكل الأمر. أنظر: وجدي راغب: مبادئ القضاء ص ٣٩ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ص ٨٥ هامش ٢.

(٧٢) أنظر ما تقدم رقم ٤٢ وما قبله.

٧٤ = وهكـذا فـإن قـرارات الإلـزام الموضـوعى الفاصـلة فـى الخصـومـات والصـادرة فـى شكل الحكم ، التـى يضـع بهـا القاضـى حدا للعدوان علـى الحقوق والمراكز القانونية والإلـزام بالجـزاء مـع قابليته للتنفيذ الجبرى يكون لهـا القوة التنفيذية[٧٣]، كذلك فـإن قـرارات الإلـزام الموضوعى الصادرة فـى شكل الأمر فى غير خصومة والتى تضع حدا للعدوان علـى الحقوق ، ويكون لهـا ذات المضمون الإلزامى فإنها تتمتع بـالقوة التنفيذية ، ذلك لأن المضـمون الإلـزامى للعمـل هـو الأسـاس فـى تمـتعه بـالقوة التنفيذية ، بحيث يشمل قضـاء الإلـزام الموضـوعى سـواء صدر فـى شكل الحكم أو فـى شكل الأمر. فأوامر الأداء (م٢٠١: ٢١٠ مرافعات)، ولـو أنهـا تصدر فى شكل الأمر إلا أنهـا عمل قضـائى إلزامى، وتخضـع من حيث قوتهـا التنفيذية التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية ذلك لأن القرار الوارد فى أمر الأداء طبقا للمادة ٢٠٩ مرافعات يكون له نفس الأثـر ، شـأنه شـأن الإلزام الموضوعى الصـادر فى شكل الحكم[٧٤]. لأن أوامر الأداء تتضـمن قضـاء موضـوعيا بـالإلزام بالدين أو تسليم العين وتصـدر فـى شـكل الأمـر دون سـماع الخصـم الصـادر ضـده الأمـر[٧٥].

---

(٧٣) أنظر فـى الموانـع الماديـة والأدبيـة التى يمكن أن تحول بين العمل القضـائى الإلزامى وبين القوة التنفيذية ما تقدم رقم ٧٢.

(٧٤) أنظر: أحمد أبو الوفـا: إجراءات التنفيذ رقم ٨٥ ص ١٦٤ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٥٣ ص ١٠٥ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ١٤٦ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٦١.

(٧٥) نظـام أوامر الأداء من النظم الحديثة نسبيا فقد عرفه القانون المصرى لأول مرة فى قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ٤٩ ، لاقتضـاء الديون النقدية الصـغيرة ، فـى المواد من ٨٥١ : ٨٥٨ البـاب الخامس من الكتاب الثالث تحت عنوان'' فـى استيفاء الديون الصـغيرة الثابتة بالكتابة''. وهو نظـام ميسـر لاقتضـاء هـذه الديون كما ورد فى المذكرة التفسيرية أدخلت عليه عدة تعديلات بالقـانون رقم ٢٦٥ لسنة ١٩٥٣ والقانون رقم ٤٨٥ لسنة ١٩٥٣، بمقتضـاها أصبح العمل بهذا النظام واجبا وقد كـان اختياريا قبل ذلك ، وتم تعميمه ليشمل جميع الديون النقدية الثابتة بالكتابة والمعينة المقدار وحالة الأداء مهما بلغت قمتها. وقد تابع القانون الحالى ١٣ لسنة ١٩٦٨، تطوير هذا النظام فأدخلت عليه تعديـلات بالقـانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ لكى يشمل الديون النقدية والمنقول المعين بذاتـه أو بنوعه أو مقداره. وقد أخذ القانون الفرنسـى بهذا النظام بمرسوم بقانون فى ٢٥ أغسطس ١٩٣٧، وتم تعديله بقانون ٤ يوليو ١٩٥٧ رقم ٧٢ ـ ٧٩٠ وفـى ١٩٧٢/٨/٢٨، وتم

ويكـون الأمـر كذلـك بالنسـبة للأوامـر الصـادرة عـن القضـاء بـتقدير المصـاريف(م١٨٤: ١٩٠ مـرافعات)، ذلـك لأن هـذه الأوامـر لـيس لهـا وجـود مستقل عن القضـاء الصـادر بالإلزام بها ، وتخضع لما يخضع له من أحكام من حيث القوة التنفيذية ، وكذلك الأحكام الصادرة فى التظلم منها ، لأنها أحكام مكملة للحكم الصادر بالإلزام بالمصاريف[٧٦]. ويكون الأمر كذلك بالنسبة للأوامر الصادرة بتقدير الرسوم القضائية(م ١٦: ١٨ مـن قـانون الرسـوم القضـائية ١٩٤٤/٩٠)، باعتـبارها قضـاء إلزامـيا موضـوعيا فـى مقدار الحق[٧٧]، حيث يجرى تقدير الرسوم المستحقة لخزانة المحكمة بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية أو القاضى الجزئى بناء على طلب قلم الكتاب. أما الأوامر الصادرة بتقدير أتعاب الخبير ومصروفاته(م ١٥٨ : ١٦١ من قانون الإثبات)، والتى تقدر بأمر على عريضة يصدره رئيس الدائرة التى عينته أو القاضى الجزئى الذى عينه ، فإن هذا الأمر وإن تضمن قضاء موضوعيا إلزاميا ، إلا أن معالجة القوة التنفيذية له قد تمت بقاعدة خاصة ، وردت فى المادة ١٥٨ من قانون الإثبات[٧٨].

تعميمه ليشمل كافة الديون النقدية. وقد تبناه كذلك كل من القانون النمساوى فى المادة ١ من القانون الصادر فى ٢٧ إبريل ١٨٧٣، والقانون الألمانى فى قانون المرافعات الصادر سنة ١٨٨٨ فى المادة ٦٨٨ وما بعدها، والقانون الإيطالى الصادر فى ٩ يوليو ١٩٢٢. أنظر فى هذا الموضوع: عبد المنعم الشرقاوى: فى أوامر الأداء ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ السنة ٢٣ عدد ٣ ، ٤ ص ٢٦٩؛ عبد الحميد وشاحى: أوامر الأداء ـ مجلة ادارة قضايا الحكومة ـ السنة الثانية ـ العدد الأول ١٩٥٨ ص ٥ ؛ أمينة النمر: أوامر الأداء فى القانون المصرى ط ٢ ١٩٧٥ ؛ مصطفى هرجة: أوامر الأداء فى ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٤.

(٧٦) ولهذا فإن هذه الأوامر لا تخضع لقواعد الأمر على عريضة فلا يسقط الأمر إذا لم يتم تقديمه للتنفيذ خلال ٣٠ يوما من تاريخ صدوره(م ١٨٩ مرافعات). ولا يحوز القوة التنفيذية فور صدوره ، وترتبط قوته التنفيذية بانقضاء ميعاد التظلم منه أو الحكم برفض التظلم ، وأن يكون الحكم الصادر فى الموضوع بالإلزام بالمصاريف قد حاز القوة التنفيذية.

(٧٧) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ١٤٧ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ١٠٤ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ رقم ١٤٥ ص ٢٦١.

(٧٨) وقد تضمن هذا النص حكما بمقتضاه يكون الأمر الصادر بالأتعاب حائزا للقوة التنفيذية

الإلزام الوقتـــــــــى

٧٥ = لا يتوقف القضاء عند حد إزالة المخالفات التى تحققت بالفعل ، وإلزام المعتدى بالجزاء وفرضه جبرا إذا لزم الأمر ، وإنما تمتد وظيفته إلى منع هذه المخالفات قبل وقوعها فى صورة حماية وقائية'' préventif ''غايتها توقى الأضرار ومنع وقوعها من أجل المحافظة على الحقوق ، بحيث يبادر القضاء إلى التدخل قبل وقوع العدوان لكى يتفادى وقوعه ، باتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الأخطار التى تهدد الحقوق والمراكز القانونية(٧٩)، إما من أجل المحافظة عليها ومنع وقوع الضرر وإما من أجل منع تفاقم الضرر عند وقوعه. ويعد القضاء المستعجل الصورة النموذجية لهذا النوع من الحماية ، والتى تفترض توافر عنصرى الاستعجال وترجيح وجود الحق(٨٠).

فور صدوره. أنظر فى هذا الموضوع: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٨٩ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٥٤ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ١٤٨ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ١٠٤ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ١٤٥.

(٧٩) تتعدد صور الحماية الوقائية ، فمنها الحماية الوقتية التى تواجه خطر التأخير ، حيث يبادر القضاء إلى اتخاذ التدابير اللازمة للحماية من هذا الخطر ، كدعوى الحراسة القضائية(م ٢/٧٣٠ ، ٧٣١ مدنى)، والحجز التحفظى(م ٢/٣١٦ مرافعات)، ودعاوى الأدلة(دعوى سماع شاهد م ٩٦ إثبات ، دعوى إثبات الحالة م ١٣٣ إثبات). ومنها الحماية الموضوعية ، التى تتجه إلى تحقيق اليقين القانونى ، بمنع الاعتداء على الحق ، فى صورة حماية تقريرية. ومنها الحماية التهديدية ، فى صورة الأحكام التهديدية من أجل التغلب على عناد المدين ، ودفعه إلى تنفيذ التزامه اختيارا. ويجد هذا الاتجاه تأييدا فى المادة ٣ من قانون المرافعات ، التى تكتفى بالمصلحة المحتملة ، إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق ، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. أنظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ١٠٥ ؛ القضاء الوقتى فى قانون المرافعات ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ـ ١٥ ص ١٦٦.

(٨٠) أنظر فى هذا الموضوع: وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٠٨ ؛ نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ـ عدد ١ ص ٢٤ ؛ أمينة النمر : مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة ـ رسالة ١٩٦٧ ؛ محمد عبد الخالق عمر : مبادئ رقم ١٥٤ ؛ أحمد ماهر زغلول : أصول المرافعات رقم ٣١١ ؛ محمد على راتب ونصر الدين كامل: قضاء الأمور المستعجلة ١٩٨٥. وفى الفقه الفرنسى.

M. FRANCES, Essai sur la notion d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé, Thèse Toulouse 1935 ; J. MICHAUD, La notion

ذلـك لأن مواجهـة الأخطـار وشـيكة الوقـوع الـتى تـتهدد الحقـوق والمراكز القانونـية[٨١]، هـى مبرر هذا النوع من التدخل بحيث يبادر القاضـى المستعجل وعلـى وجـه السرعة إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لها الطابع التحفظى[٨٢]، لمنع الضرر المتوقع عن الحقوق والمراكز التى يترجح لديه وجودها من أدلـة الخصوم ومستنداتهم بحسب الظاهر[٨٣]. ويظـل لهـذه التدابـير قوتهـا وفاعليـتها إلـى أن يـزول الخطـر أو يـتدخل القضـاء بحمايته العاديـة[٨٤]، لكن هذا النـوع من الحماية يجب ألا يكون من شأنه التطرق إلى موضـوع الحق أو المساس به[٨٥].

---

d'urgence en droit judiciaire, Thèse Paris 1954.

(٨١) تعتمد فكرة الاستعجال على مجموعة من العناصر كعنصر الخطر المحدق المترتب على التأخير فى تقديم الحماية العادية ، وعنصر الخوف أو الخشية من الضرر المحتمل ، وعنصر الوقت أو الزمن ، الذى يدفع إلى الإسراع فى تقديم الحماية المستعجلة. وهذه العناصر تقوم إلى جوار بعضها البعض ويستند كل عنصر منها إلى العنصر الآخر ، فإذا لم يوجد الخطر من التأخير فلا توجد الخشية من الضرر ، ولا الحاجة إلى السرعة. أنظر فى هذه الفكرة: الإشارة السابقة.

(٨٢) يتمتع القاضى المستعجل بسلطة تقديرية فى اتخاذ ما يراه مناسبا من تدابير لمواجهة الخطر الذى يتهدد الحق ، حتى لو كانت هذه التدابير تختلف عن الطلبات المطروحة عليه. ومع الاتفاق حول هذه المبدأ ، فقد وقع الخلاف حول الأساس الذى تستند إليه ، فقد أرجعها بعض الفقه إلى فكرة" تحوير الطلبات". عبد الباسط جميعى: شرح الإجراءات المدنية ص ١٥٦، نظرية الاختصاص ص ١٢٤. بينما يرى رأى آخر ، أن سلطة القاضى فى هذه الحالة لا تشكل استثناء على مبدأ حياد القاضى ، وإنما تخضع للقواعد العامة فى التقيد بالطلبات ، وتجد أساسها فى أفكار أخرى ، كفكرة الطلب الضمنى ، فإذا قدم إلى القاضى طلبا موضوعيا يشتمل ضمنيا على طلب وقتى ، فيكون له أن يقضى فى الطلب الأخير ، أو إذا قدم إليه طلبا يتضمن إجراء محددا ، فله أن يقضى بإجراء أخر ، باعتباره الأداة التى تحقق مضمون الطلب الوقتى. أنظر: أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٣١٣.

(٨٣) وتعتمد عملية الترجيح على التحقق من وجود قاعدة قانونية تحمى بصفة مجردة المصلحة المهددة للطالب ، ثم ترجيح الأدلة المثبتة لحق الطالب من حيث الواقع ، ولهذا فإن هذا النوع من الحماية القضائية ، يقوم على الترجيح وليس على التأكيد. أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة.

(٨٤) واستنادا إلى الدور الوقائى للحماية الوقتية ، فإنه متى استنفد الضرر كاملا وآثاره ، ولم يعد هناك ما يمكن توقيه ، فإنه لا يكون للقضاء المستعجل من دور يؤديه ، ولا يكون أمام صاحب المصلحة سوى اللجوء إلى القضاء الموضوعى ، الذى يباشر نشاطه لرفع الضرر والتعويض عنه. أنظر: أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(٨٥) أنظر: المادة ٤٥ مرافعات التى تضع الأساس القانونى للحماية القانونية الوقتية التى تمنع القاضى المستعجل صراحة من المساس بأصل الحق " يندب فى مقر المحكمة الابتدائية قاض

٧٦ = وهو ما يفسر أن القاضى المستعجل لا يصدر قرارا تأكيديا يتناول الحق من حيث مداه ومقداره ، لأن أساس القضاء فيه هو الترجيح وليس القطع واليقين ، فهو أقرب إلى الظن منه إلى اليقين ، لأن عامل الزمن يلعب دورا مهما فى هذا النوع من الحماية ، يحول دون تقصى أبعاد المسألة أو التعمق فى بحثها ، وصولا إلى وجه الحق فيها ، وإنما مجرد تحسس المستندات والأدلة لاستظهار شبهة حق تبرر تقديم الحماية المطلوبة. وهذا الترجيح لا يصلح كأساس لصدور قضاء بإلزام ، لأن القوة التنفيذية لا تنسب إلا للأعمال التى تتضمن تأكيدا لحق واجب الاقتضاء ، يصلح الجبر فى تنفيذه تطبيقا للمادة ٢٨٠ مرافعات[٨٦].

كما يحول دون ذلك أيضا الطابع التحفظى لأعمال الحماية المستعجلة[٨٧]، لأن غايتها المحافظة على الحقوق دون المساس بها فى مواجهة الخطر الناشئ عن التأخير ، فهى حماية وقتية مرهونة بزوال الخطر أو بتدخل القضاء بحمايته العادية ، ولهذا فإنها لا تتجه لاقتضاء حق واجب الاقتضاء جبرا ، وإنما مجرد المحافظة عليه إلى أن يحين

من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت".

(٨٦) انظر: أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٦٥.

(٨٧) وأعمال الحماية الوقتية قد تكون تدابير تحفظية ، مضمونها المحافظة على وسائل الحصول على الحق مستقبلا ، ومثالها الحراسة على مال متنازع عليه ، وقد تكون تدابير معجلة مضمونها إشباع فورى لمصلحة الطالب ، يتخذ صورة تحقيق مؤقت للحق الذى يتمسك به ، ومثالها النفقة الوقتية وتسليم المستأجر العين المؤجرة بصفة مؤقتة ، ووقف الأعمال التى تهدد حائز العقار. أنظر: وجدى راغب: القضاء الوقتى ص ١٩٧ ؛ ٢١٥ ؛ مبادئ القضاء ص ٢٥٦. لكن هذه التدابير هى تدابير تحفظية وليست تنفيذية ، إذ سرعان ما ينتهى مفعولها بزوال الخطر أو بالحصول على الحماية العادية. ذلك لأنها لو اتخذت من الأموال محلا لها ، أو خضعت لذات الإجراءات التى تخضع لها التدابير التنفيذية ، فإنها تظل متميزة عن هذه التدابير ، لأنها لا تواجه مشكلة الامتناع عن الوفاء الاختيارى ، وإنما تتحسب فقط لاحتمال وقوع الاعتداء فى المستقبل ، ولهذا فإنها تتحفظ مؤقتا على أموال المدين دون إخراجها من ذمته ، ولهذا فإنه لا يشترط لممارستها وجود عمل حائز للقوة التنفيذية ، ويجوز اتخاذ الإجراءات التحفظية بمقتضى حكم ابتدائى. أنظر: أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق رقم ٦٦. وأنظر فى الفرق بين العمل التحفظى والعمل التنفيذى. وجدى راغب: القضاء الوقتى ص ٢١٣.

موعد الحماية العادية ، وعندئذ ينتهى مفعول هذا النوع من الحماية ، إما بزوالها أو بتحولها إلى حماية تنفيذية. ولهذا فإن الصفة الوقتية لهذا النوع من الحماية يلعب دورا فى تحقيق هذه النتيجة ، لأن استمرار وجودها مرهون بالظروف التى صدرت هذه الحماية فى ظلها ، فإذا تغيرت هذه الظروف ، فإنها لا تلبث أن تفسح المجال لنوع آخر من الحماية القضائية.

٧٧ = لكن صدور قرار بالإلزام الوقتى قد يكون ضروريا لتحقيق غاية الحماية الوقائية ، وهى منع الضرر قبل وقوعه ، بحيث يكون هذا المنع غير ممكن إلا بصدور قضاء وقتى بالإلزام يحمى الحق من الضرر وشيك الوقوع ، كالحكم المستعجل بوقف الأعمال الجديدة ، فهو تدبير يستهدف منع الاعتداء على الحيازة قبل وقوعه[٨٨]. أما إذا كان الضرر قد وقع بالفعل فقد يكون الهدف من القرار الوقتى بالإلزام منع تفاقم الضرر بوضع حد له ، وذلك فى الحالات التى يكون فيها الاعتداء له صفة الاستمرار أو التكرار ولا يستنفد آثاره دفعة واحدة ، وإنما تستمر هذه الآثار وتتضاعف بمرور الوقت ، ويكون المطلوب من القاضى وقف الضرر عند الحد الذى بلغه وقبل أن تتفاقم آثاره ، كبقاء المال فى يد الغاصب والمستأجر فى العين بعد انتهاء مدة العقد ، والامتناع عن الإنفاق وعدم دفع الأجرة الدورية[٨٩]. وبصدور قرار بالإلزام الوقتى على هذا النحو بغض النظر عن المحكمة التى أصدرته ،

---

(٨٨) أنظر: وجدى راغب: المرجع السابق ص ١٩٧ ؛ أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق رقم ٦٧.

(٨٩) الحماية الوقتية لا تفترض حتما انتفاء الضرر الحال ، فالضرر الحال يتوافر لمن سلبت حيازته ويطلب استردادها مؤقتا ومن كان حقه حال الأداء ولم يؤد إليه ويطلب حجزا تحفظيا لضمانه ، ومن يستحق تعويضا بنفقه وقتية قبل الحكم به لحاجته الملحة ، لكن التدبير الوقتى فى هذه الحالة لا يتخذ لإزالة الضرر الحال ، وإنما يتخذ خشية استمرار هذا الضرر وتفاقمه فى المستقبل. أنظر: وجدى راغب: القضاء الوقتى ص ١٩٧ ؛ أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

فإن مفترض خضوعه للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية يكون قد تحقق.

السند القانونى لضرورة حكم الإلزام

٧٨ = لم ترد إرادة صريحة فى كل من القانون المصرى والفرنسى تشترط أن يكون الحكم من أحكام الإلزام من أجل الاعتراف بقوته التنفيذية(٩٠)، ومع ذلك فإن ورود مثل هذا الإرادة الصريحة ليس ضروريا ، ويكفى أن يكون فى نصوص القانون ما يدل على ذلك ، فإذا كان المآل الطبيعى لحكم الإلزام أن يكون سندا تنفيذيا متى توافرت فيه الشروط اللازمة لذلك ، فإن المادة ١/٢٨٠ مرافعات تشير إلى ضرورة حكم الإلزام ، لأنها تتطلب فى الحق الثابت فى السند ، أن يكون محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء ، وهذا المضمون لا يتوافر إلا فى هذا النوع من الأحكام. وقد وردت الإشارة إلى هذه الشروط فى القانون الفرنسى فى المادة ٥٥١ مرافعات ، والمادة ٢٢١٣ من القانون المدنى، والمادة ٥١٥ مرافعات جديد التى تشير إلى الارتباط بين قضاء الإلزام والتنفيذ الجبرى بقولها ، أن التنفيذ المعجل للحكم يمكن أن يكون محله الالتزام بكامله أو جزء منه. وحتى لو خلت النصوص التشريعية من مثل هذه الإشارة ، فإن وجود هذه القاعدة ليست محلا لأى شك ، لأنها تشكل أصلا من الأصول التى يرتكز عليها التنفيذ القضائى ، لأن غاية التنفيذ

---

(٩٠) كانت المادة ٥٤٧ من قانون المرافعات الفرنسى القديم تنص على وجوب أن يتضمن الحكم إلزام المحكوم عليه بأداء ما" emporter condamnation "، لكى يحوز القوة التنفيذية. أنظر: فنسان: طرق التنفيذ رقم ٢٣. وقد أشارت المادة ٥١٥ مرافعات جديد إلى هذا الشرط بصدد التنفيذ المعجل الكلى أو الجزئى للالتزام ، كما أشارت المادة ٥٥١ مرافعات فرنسى إلى هذا الشرط بقولها أنه لا يجوز البيع الجبرى إلا بسند تنفيذى من أجل دين محقق الوجود" dette certaine " ومعين المقدار" liquide ". وهو ما نصت عليه المادة ٢٢١٣ من القانون المدنى والتى تشترط ضرورة تحقق الوجود وتعيين المقدار فى الدين الذين يجرى التنفيذ من أجله. وقضت محكمة النقض بقولها" التنفيذ الجبرى من أجل اقتضاء أحد الديون ، حتى لو كان ثابتا فى سند تنفيذى ، لا يجوز أن يكون له محل إلا إذا كان هذا الدين واجب الوفاء" exigible ". Civ.1er, 15 avril 1970 : JCP éd. A 1970. IV. 5804.

الجبرى اقتضاء حق أو التزام امتنع المدين عن الوفاء به ، ولا يكون هناك مبّرر لهذا التنفيذ ما لم يكن هناك ما يمكن إجبار المدين على الوفاء به ، ولهذا فإن أعمال التنفيذ الجبرى ، ترتبط بأعمال القضاء التى يكون محلها إلزام المدين بأداء معين امتنع عن الوفاء به ، وإذا لم يتضمن العمل مثل هذا الإلزام فإن أعمال التنفيذ الجبرى لا تقوم لها قائمة(٩١).

الأساس الفنى لحكم الإلـــــزام

٧٩ = أثار انفراد حكم الإلزام بالقوة التنفيذية وصلاحيته للتنفيذ الجبرى دون غيره من الأحكام ، التساؤل حول طبيعته وأساس قوته التنفيذية. فأسند جانب من الفقه هذه القوة إلى العناصر المكونة للحكم ذاته فهذا النوع من الأحكام ، يتضمن عنصرين أحدهما عنصر التقرير عن طريق ما يحققه من تأكيد للحق أو المركز القانونى المعتدى عليه ، ثم عنصر الأمر أى الإلزام بأداء معين ، وهو أمر محدد موجه من القاضى إلى المحكوم عليه ، فإذا كانت القاعدة القانونية تتضمن أمرا عاما ومجردا ، فإن الحكم يصدر بتحديد هذا الأمر وتوجيهه إلى شخص معين هو المحكوم عليه(٩٢).

(٩١) أنظر: احمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها - ١٩٩٢ رقم ٤٨. وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد'' لا يعتبر الحكم المطعون فيه من الأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى فى نص المادة ٢١٢ مرافعات. مادام لم يقرر إلزام المطعون عليهم بشيء يمكن للسلطة العامة تنفيذه قهرا عنهم باستعمال القوة الجبرية''. نقض ١٩٨١/١/٥ مجموعة القواعد - مجلة نادى القضاة - ١ - ٣ - ٢٠٠١ - ٢٨١٠ ؛ ونقض ١٩٨١/٢/٢٦ مجموعة القواعد ١ - ٣ - ٢٠٠٣ - ٢٨١١.

(٩٢) أنظر فى عرض هذه الفكرة فى الفقه الإيطالى: محمود هاشم: قواعد التنفيذ الجبرى ١٩٩١ رقم ٤٨ ص ١٠٠. وفى الإشارة إلى الفقيه الإيطالى'' أوجوروكو'' المطول فى قانون المرافعات ج ٢ ص ٢٤٠ ؛ وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٥٢. وأنظر فى هذا الرأى: عبد الباسط جميعى: سلطة القاضى الولائية رقم ٧٠ ، ٧١. وعرضا لنظرية الفقيه الفرنسى'' Duguit'' فى العمل القضائى وأنه عمل مركب من ثلاثة عناصر ، ادعاء وتقرير وقرار ، وهو نتيجة منطقية ومباشرة للتقرير ويهدف إلى التنفيذ الواقعى له. وأنظر: سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ١ رقم ٤٧٨ ص ٤٣٦ ؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨١ ص ١٠٧.

وقد تعرضت هذه الفكرة للانتقاد من منطلق أن نسبة قوة الحكم إلى عناصر تكوينه فكرة غير صحيحة ، فالقانون هو الذى يخلع على الحكم هذه القوة ، متى توافرت فيه شروط معينة ، فالمحكوم عليه لا يلتزم بناء على قرار أو أمر من القاضى ، وإنما بناء على أمر القاعدة القانونية ، فالتزام المقترض برد القرض عند حلول الأجل يجد مصدره فى القاعدة القانونية ، والقاضى عند تقريره للحق لا يصدر أمرا جديدا بالإلزام ، وإنما يطبق القاعدة القانونية فحسب ، متى توافرت شروط تطبيقها(٩٣). يضاف إلى ذلك ، أن هذه الفكرة تؤدى إلى تجزئة حكم الإلزام إلى جزأين ، وهو ما يتنافى مع وحدته كعمل قانونى واحد ، لا يكتمل ولا يرتب آثاره إلا كوحدة متكاملة(٩٤).

٨٠ = وعلى أثر انتقاد هذه الفكرة ، فقد اتجه الرأى نحو فكرة المحل المميز لحكم الإلزام ، فهذا الحكم هو حكم قضائى موضوعى ، لا يتميز عن سائر الأحكام سوى بمحله فهذا المحل قابل للتنفيذ الجبرى. لكن لم يتفق الرأى حول المقصود بمحل الحكم ، فأرجع بعض الفقه ذلك إلى طبيعة الرابطة القانونية أو المركز القانونى محل التقرير، فهذا المركز يتميز بأنه حق يقابله التزام بأداء معين على الطرف الآخر ، فإذا كان الحق الذى يؤكده القضاء ليس من الحقوق التى يقابلها التزام ، وإنما من الحقوق الإرادية التى يقابلها مجرد خضوع من الطرف الآخر ، فإن هذا القضاء لا يعد من قضاء الإلزام(٩٥). وقد انتقدت هذه الفكرة لأنها تؤدى إلى حرمان الحقوق التى لا يقابلها التزام ، من الحماية عن طريق حكم الإلزام ، مثل حق الملكية فهو حق لا يقابله التزام يمكن حمايته عن

(٩٣) أنظر: وجدى راغب: مبادئ ص ٥٢ ؛ محمود هاشم: المرجع السابق رقم ٤٨ ص ١٠٠.
(٩٤) أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة.
(٩٥) أنظر: فتحى والى: الوسيط رقم ٧٥ ص ١٢٢. وإشارته ألى الفقيه الإيطالى "كيوفندا" و مندريولى".

طريق حكم الإلزام عند الاعتداء عليه ، بإلزام المعتدى برد المال المعتدى عليه ودفع تعويض عن الأضرار التى أصابته(٩٦).

وقد اتجه رأى آخر إلى أن ما يميز محل حكم الإلزام أنه جزاء قانوني(٩٧)، ذلك لأن حكم الإلزام لا يقتصر على تأكيد الحق أو المركز القانونى الأصلى ، وإنما يؤكد الالتزام الذى يفرضه القانون كجزاء عن الاعتداء على هذا الحق أو المركز. وعلى هذا النحو ، فإنه يؤدى وظيفته كقضاء موضوعى كما يؤدى وظيفته التحضيرية للتنفيذ القضائى ، ذلك لأن التنفيذ القضائى ينحصر فى التنفيذ الجبرى للجزاء القانونى ، وحكم الإلزام يؤكد هذا الجزاء ويحدده. وأعتقد فى سلامة ما انتهى إليه هذا الرأى ، لأن الأساس الذى يستمد منه الحكم صفته الملزمة هو أساس قانونى موضوعى ، يستند إلى القاعدة القانونية التى وقعت مخالفتها ، وانتهاء الحكم إلى تأكيد وقوعها ووجوب تطبيق الجزاء الناشئ عنها ، وهو ما يمهد الطريق لأعمال التنفيذ الجبرى ، من أجل وضع حد للمخالفة ، عن طريق الإعمال الفعلى للجزاء.

الإلزام الصريح أو الضمنــــى

٨١ = يخضع قضاء الإلزام للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام ، أيا كانت الصورة التى يصدر فيها ، يستوى فى ذلك ، أن يصدر فى صيغة صريحة أو فى صيغة ضمنية(٩٨). والإلزام الصريح هو ما تدل عبارات

---

(٩٦) أنظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٥٨.

(٩٧) أنظر: وجدى راغب: مبادئ ص ٥٢. وفى تأييد هذا الرأى. محمود هاشم: قواعد التنفيذ رقم ٥؛ ص ١٠٠.

(٩٨) أنظر: فتحى والى: التنفيذ رقم ٢٢ ص ٣٩ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ٨٧ ص ١١١ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٥٢ وما يليه ؛ على الشيخ : الحكم الضمنى – رسالة من جامعة القاهرة ١٩٩٦. وقد عارض بعض الفقه فكرة الحكم الضمنى ، أنظر فى معارضة فكرة الحكم الضمنى. أحمد السيد صاوى: الوسيط فى قانون المرافعات رقم ١٨٦ ص ٢٧٨ ، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشىء المحكوم فيه - رقم ٢٦ ص ٦٣ ؛ عيد محمد

الحكم عليه دلالة مباشرة ، أما الإلزام الضمنى فهو ما يمكن أن يستخلص من القرار الصريح ، كنتيجة ملازمة له أو مفترضا حتميا له. وهذا يقتضى أن تكون هناك طلبات معروضة على المحكمة فى صورة صريحة أو ضمنية ، وأن تبحث المحكمة هذه الطلبات دون أن تبدى رأيها فيها بقرار صريح ، وإنما يمكن أن يستفاد هذا الرأى بشكل ضمنى من قرارها الصريح الذى تضمنه الحكم(٩٩).

٨٢ = ومن تطبيقات فكرة الإلزام الضمنى ، ما تصدره محكمة الطعن من أحكام بإلغاء الحكم المطعون فيه بعد أن يكون قد تم تنفيذه ، فإذا تضمن قضاء الإلغاء الصادر عن محكمة الطعن ، قضاء صريحا بالإلزام بالرد وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ بناء على طلب الطاعن ، فإن هذا الفرض لا يثير أية صعوبة ، لأن حكم الإلغاء يتضمن حكما تقريريا بالإلغاء وحكما ملزما بالرد ، ويكون صالحا لاكتساب القوة التنفيذية متى توافرت له بقية الشروط(١٠٠).

لكن إذا صدر حكم الإلغاء من محكمة الطعن دون أن يتضمن قضاء صريحا بالرد ، فإن الفكرة التى طرحت نفسها ، أن إلغاء حكم

القصاص : التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - رسالة – من جامعة الزقازيق ١٩٩٢ رقم ٢٢٩ ص ٣٤٧.

(٩٩) أنظر: أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق رقم ٢١٣ وما يليه. وفكرة الحكم الضمنى ليست غريبة على فقه الشريعة الإسلامية ، وقد عبر عنها بالصيغة التالية'' إن الحكم بأمر يشمل الحكم بمقتضياته التى لا تنفك عنه ، فالبيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع من ملك البائع ودخوله فى ملك المشترى واستحقاق التسليم والتسلم فى كل من الثمن والمثمن ونحو ذلك ، فإن هذه وإن كانت من موجباته لكنها مقتضيات لازمة له فيكون الحكم به حكما بها''. حاشية ابن عابدين: ج ٤ ص ٢٤١. وأنظر: محمد عبد الخالق عمر: مبادئ ص ١١٣ هامش ٧ ؛ على الشيخ : الإشارة السابقة.

وقد حاول الفقه إيجاد الأساس القانونى لهذه الفكرة ، فقيل أنه لا يلزم أن يرد فى الحكم أمرا أو إلزاما صريحا للمدين بالوفاء ، فالتزام المدين بالوفاء مصدره القاعدة القانونية ، والتى توجد قبل صدور الحكم ، ويكفى تأكيد الحكم لهذا الالتزام ، لكى يعتبر قضاء إلزام ويمكن تنفيذه جبرا عنه. أنظر: فتحى والى: التنفيذ رقم ٧٥ ص ١٢٢.

(١٠٠) أنظر: أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق رقم ٢١٣ وما يليه.

الإلزام من محكمة الطعن ، يتضمن دائما قضاء ضمنيا بإلزام المحكوم عليه برد ما سبق أن تسلمه تنفيذا للحكم الملغى ، إذ لا يشترط فى ثبوت القوة التنفيذية للحكم أن يكون قرار الإلزام صريحا ، فتثبت هذه القوة لقرار الإلزام أيا كانت صورته ، سواء أكان صريحا أو ضمنيا ، فإذا كان الإلزام الصريح بالرد يخضع لقواعد القوة التنفيذية للأحكام ، فإن الإلزام الضمنى بالرد يكون كذلك[١٠١]، وتفسير ذلك ، أن طلب إلغاء حكم الإلزام الذى تم تنفيذه يتضمن بالضرورة طلب الرد ، ويعد هذا الطلب مطروحا على المحكمة بالطعن المقام أمامها ضد هذا الحكم ، وانتهاء المحكمة إلى قرار صريح ، بإلغاء الحكم المطعون فيه يتضمن بالضرورة قرارا ضمنيا بإلزام المطعون ضده برد ما استوفاه تنفيذا للحكم الملغى[١٠٢].

عدم التلازم بين الإلزام والمنطـــوق

٨٣ = القاعدة المعتمدة فى القانون المصرى ، أن قضاء المحكمة فيما يطرح عليها من طلبات ، يرد من حيث المبدأ فى منطوق الحكم ، لكن هذا القضاء قد يرد فى الأسباب. ولهذا فإنه لا تلازم بين قرار المحكمة ومنطوق الحكم ، فإذا كان الأصل أن يرد القرار فى المنطوق ، فليس هناك ما يمنع من وروده فى الأسباب ، ويكون لقرار المحكمة الملزم سواء ورد فى المنطوق أو فى الأسباب القوة التنفيذية[١٠٣].

---

(١٠١) أنظر: فتحي والي: التنفيذ رقم ٢٢ ص ٣٩ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ٨٧ ص ١١١ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٥٢ ص ١٠٢.

(١٠٢) قدم الفقيه الفرنسي "A.BESSON" هذه الفكرة في موسوعة داللوز كأساس لحكم الإلزام الضمنى ، فى تعليقه على أحكام محكمة النقض الفرنسية. مشار إليه. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق رقم ٢١٣ ص ٣٢٥.

(١٠٣) أنظر: أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٥٤١ ص ٧١٩ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣٣٨ ص ٦٢٤ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٥٦٠ ؛ أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ١٨٣ ص ٢٧٣ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٩٧٤ ص ١١٠٢ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها رقم ٥١ ص ٧١. ومن قضاء النقض فى هذا الصدد قول المحكمة "ارتباط أسباب الحكم

٨٤ = وعلـى العكس مـن ذلـك ، فـإن القـاعدة المعتمدة فـى القـانون الفرنســى أن يقـترن قضــاء المحكمــة بمـنطوق الحكـم ولـيس بأسـبابه ، انطلاقـا مـن المبدأ المقرر في المادة ٢/٤٥٥ مرافعات جديد والتى توجب علـى المحاكم ، إصدار قراراتها فى منطوق الحكم ، وما يترتب على ذلك مـن اقـتران حجـية الحكـم بقـرار المحكمـة الـوارد فـى المـنطوق(م٤٨٠ مرافعات جديد)، أما ما يرد فى الأسباب فلا حجية له(١٠٤). وهكذا ترتبط قـوة الحكم بقرارات الإلـزام التـى ترد فى المنطوق(١٠٥). ورغم ذلك تظل الأسباب مصـدرا لقرارات القضـاء الضـمنية ، وهـى القرارات الملازمة لقـرارات المحكمــة الصــريحة والــتى تـرد فـى مـنطوق الحكـم ، لأن استخلاص القـرار الضـمنى لا يكون ممكنا ، إلا إذا تم تقريـب المنطوق بالأسباب ، ولـهذا فإنـه تثبـت القوة التنفيذية لقرار الإلزام الصـريح ، الذى يـرد فـى المنطوق وتـؤدى إليه عباراته ، وقرار الإلزام الضمنى الذى يتم استخلاصـه مـن المنطوق والأسباب معـا. وتطبق هـذه الفكرة على قرار المحكمـة الضـمنى بالإلـزام بالرد الملازم لقرارها الصـريح بإلغاء حكم تم تنفيذه.

بمـنطوقه ارتـباطا وثيقا. أثره اعتبارها معـه وحـدة واحـدة ، يـرد عليها مـا يـرد من قـوة الأمـر المقضــى". طعـن رقـم ١٣٤٦ لسـنة ٥١ ق فـى ١٩٨٦/٤/٣ مجلـة القضـاة ١٩٨١ ص ٣٠١ ؛ وقولـها فـى حكـم آخـر" قضـاء الحكم هو ذات القول الفصل فى النزاع أو فى جزء منه سواء فى المنطوق أو الأسباب المرتبطة بـه". نقـض ١٩٨٦/١١/٢٧ طعن رقـم ١٥٤ ق. نقض ١٩٧٠/١/٢٢ المكتب الفنى سنة ٢١ ص ١٥٩ ؛ نقض ١٩٧١/٥/١ المكتب الفنى سنة ٢٢ ص ٩٢٨.

(١٠٤) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨٦ ص ١١٥.

(١٠٥) وقد تردد قضـاء المحـاكم الفرنسية ، فذهبت بعض أحكام محكمـة النقض الفرنسـية إلى الاعتراف للأسباب الحاسمة بحجية الأمر المقضى ، لكن أحكاما أخرى ، رفضت الاعتراف لها بالحجية ورغم هذا الخلاف ، فإنه يعتد بالأسباب كمصدر لبعض القرارات ، نتيجة لاعتماد فكرة القرار الضمنى ، لكن التوصل إلى هذا القرار يكون عن طريق تقريب المنطوق بالأسباب. أنظر: أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٥٣ ص ٧٥.

المبحث الثالث

الحصانة الإجرائية للحكـــــم

اعتبارات الحصانـــــة

٨٥ = لكي يحوز الحكم القوة التنفيذية فلا بد له من حصانة إجرائية ضد طرق الطعن تمنع المساس به ، فطالما أن الحكم مازال قيد البحث أمام محكمة الطعن ، فإنه لا يكون محلا لتطبيق التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية. ذلك أن الاعتراف للحكم بهذه القوة يقتضى أن يتحقق له قدرا معقولا من الاستقرار يبرر خلع القوة التنفيذية عليه ، وهذا الحل تمليه اعتبارات المحافظة على مصالح الخصوم وعدم تعريضها للخطر ، واعتبارات الصالح العام المتمثلة فى حسن أداء القضاء لوظيفته.

فمن ناحية ، فإنه لا يجوز شغل القضاء بإجراءات لم يتحقق لها اليقين الكافى ، على نحو لا تكون فيه صالحة لترتيب مراكز الخصوم بشكل حاسم ونهائى ، ذلك أنه طالما أن الحكم ما زال مطروحا أمام القضاء ولم تقل المحاكم كلمتها الأخيرة ، وهو ما يحمل فى طياته إمكانية إلغاء الحكم من محكمة الطعن ، وبالتالى إلغاء ما تم من تنفيذ استنادا إليه ، وضياع ما انفق فى من وقت القضاء وجهده فى إجراءات لا طائل من ورائها.

من ناحية أخرى ، فإن السماح بتنفيذ الحكم رغم قابليته للمراجعة من محاكم الطعن ، يؤدى إلى تعقيدات ومشاكل قد لا يكون من المتيسر إيجاد حل عملى لها أحيانا ، منها صعوبة أو استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه إذا ما ألغى الحكم بعد تنفيذه [١]، ناهيك عن ضرورة تكرار

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها ـ ١٩٩٢ رقم ١٥١ وما يليه،

الإجراءات لرد ما تم الحصول عليه تنفيذا للحكم الملغى وهو ما يعرف بالتنفيذ العكسى. يضاف إلى ذلك ، الأضرار الناشئة عن تنفيذ الحكم وضرورة التعويض عنها ، فإذا كانت واقعة التنفيذ من الوقائع الضارة بطبيعتها لما يترتب عليها من مساس بسمعة المدين وذمته المالية[٢]، فإنه مما يضاعف من هذا الضرر أن ينفذ الحكم رغم قابليته للإلغاء ثم يلغى فيما بعد.

الاختلاف حول الحصانـــــة

٨٦ = وقع الخلاف حول ما يجب أن يتوافر للحكم من حصانة داخل الإجراءات ، فاتجهت بعض النظم القانونية إلى تغليب المصلحة العامى المتمثلة فى ضمان أكبر قدر من الفاعلية للقرارات القضائية ، ولكى تحقق ذلك ، فإنها لا تسمح بمراجعة الأحكام أو المساس بها بعد صدورها ، حتى لا تفقد مصداقيتها واحترامها ، ولهذا فإن القرارات القضائية تكون مستوجبة للتنفيذ فور صدورها دون تأخير أو تعطيل. وإذا كان هذا الحل يحقق مصلحة المحكوم له فإن هذا لا يعنى إهدار مصلحة المحكوم عليه ، ذلك أن رعاية هذه المصلحة يكون بالقدر الذى لا يشكل مساسا بهذا المبدأ ، فيكون له التظلم من الحكم إذا شابه عيب من العيوب ولكن عليه أن يقدم الدليل على المخالفة[٣].

ودراسة للمشاكل الناشئة عن إلغاء الحكم بعد تنفيذه ، وما يترتب على ذلك من التزام بالرد ، والمشاكل التى تعترض الالتزام بالرد.

(٢) أنظر فى اعتبار الحقوق الإجرائية من حقوق الإضرار ، أى أنها حقوق ضارة بطبيعتها وتساهل المجتمع فيما ينشأ من ضرر عادى من استعمالها ، أما الأضرار التى تجاوز الأضرار العادية ، فإن القائم بالتنفيذ يلزم بتعويضها ، إذا ما نسب إليه تعسف فى استعمال الحق فى التنفيذ. للمؤلف: مسئولية الخصم عن الإجراءات ص ١٥٩، ٢٧٩.

(٣) وهذه هى القاعدة المعتمدة فى فقه الشريعة الإسلامية ، حيث يجرى تغليب المصلحة العامة المتمثلة فى استقرار المعاملات ومصلحة المحكوم له فى الحصول على حقه فى أسرع وقت وبأيسر الطرق. وقد أقر الفقه فكرة إمكان وقوع الخطأ فى الحكم لكنه طرح هذه الفكرة ، لأن أخذها فى الاعتبار يعنى تعطيل الأحكام وعدم تنفيذها ، ومن ثم تعم الفوضى وينتشر الاضطراب

٨٧ = لكن نظما أخرى تطرح المشكلة من خلال المصالح الخاصة وذلك إما بتغليب مصلحة المحكوم له بحيث يكون الحكم مستحقا للتنفيذ بمجرد صدوره ، دون السماح بمراجعته أو المساس به لأن تعريض قوته للخطر يشكل إهدارا لمصالح أطرافه(٤). وإما بتغليب مصلحة المحكوم عليه فلا يكون الحكم مستحقا للاعتراف بقوته التنفيذية ما لم يثبت حق الدائن على نحو مؤكد ويقيني ، وطالما أن الحكم لم يصل إلى الدرجة التي تجعله محلا لهذه الثقة ، فلا يكون من الممكن خلع القوة التنفيذية عليه(٥). لكن اعتماد أى من التصورين السابقين على إطلاقه يحمل تهديدا لمصالح أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر.

٨٨ = ولهذا فقد اعتمدت بعض النظم الحل الوسط الذى لا يغلب مصلحة على حساب الأخرى ، فى محاولة للتوفيق بين المصالح المتضاربة ، ولهذا فإن الاعتراف للحكم بالقوة التنفيذية لا يتم إلا بعد التأكد من قدرته على تحقيق العدل ، ولا يكون له ذلك ، إلا إذا تمت

إذ أن طرح النزاع على القضاء من جديد من غير ضرورة ، يعد ابتذالا ينبغى أن يصان القضاء عنه ، وأن التعقيب على أحكام القضاة يتضمن قدحا فيهم ، فلا يثق أحد فيما يصدره القضاة من أحكام ، لكن ذلك لا يعنى عدم المساس بالحكم ، فهو معرض للنقض إذا قامت أدلة قوية على أنه جانب الصواب ، وذلك إذا كان الخطأ ظاهرا وبينا ، كما لو تضمن مخالفة للكتاب أو السنة أو الإجماع. أنظر: عبد الحكم شرف: فى حجية الأحكام فى الشريعة الإسلامية ط ١ص ١٣ ؛ محمود هاشم: القضاء ونظام الإثبات - ١٩٨٨ رقم ١٥٨ ص ٣٨٤.

(٤) تغلب هذا الاعتبار لدى الألمان فقد كان صاحب الحق يستطيع اقتضاء حقه بالقوة دون الرجوع إلى السلطة العامة ، ولم يكن هناك ما يقيد سلطة صاحب الحق سوى بعض الشكليات ، ولما نظم قضاء الدولة كانت مهمته ليست إصدار حكم لتأكيد الدين ، وإنما إصدار أمر لإلزام المدين بتنفيذه. أنظر: فتحى والى: التنفيذ رقم ١٦ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٤٧ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٢٧.

(٥) غلب الرومان هذا الاعتبار فقد كان يسمح للمدين بالمنازعة فى الدين ، والتى كانت تؤخر التنفيذ إلى ما لا نهاية ، فقد كانت القاعدة عند الرومان ، أن الحكم الذى يلزم المدين بالوفاء لا يعد سندا تنفيذيا ، بل كان أثره يقتصر على إحلال التزام جديد مصدره الحكم يحل محل التزام المدين الأصلى ، وكان الحكم يحدد موعدا للوفاء ، فإذا لم يقم المدين بالوفاء فى الموعد لم يكن للدائن أن يجبره على الوفاء ، وقد كان كل ما يكون له وهو تكليفه للحضور أمام" البريتور " فإذا نازع بدأت خصومة جديدة. أنظر: فتحى والى: الإشارة السابقة.

مراجعته بواسطة أكثر من محكمة لتلافي ما قد يصيبه من أخطاء يمكن أن تؤثر في عدالته. وهذا التأثير يمكن رده إلى مجموعة من العوامل ، منها أن القاضي بشر غير معصوم من الخطأ ، وأن فهم الأمور وتقديرها مما يقع فيه الخلاف تبعا لتباين قدرات كل فرد(٦). يضاف إلى ذلك ، أن الأحكام تصدر بناء على اقتناع القاضي بأدلة الخصم ودفاعه ، وقد يكون بعض الخصوم أقدر من غيرهم على الإقناع بالحجة والبرهان(٧)، ولهذا فإن المحكوم عليه قد يكون هو صاحب الحق لكنه عجز عن إثباته لعدم توافر الدليل لديه ، أو لعدم قدرته على بيان حقه فيصدر الحكم لصالح خصمه(٨)، بل قد يصدر الحكم في بعض الأحيان ، مستندا إلى وقائع غير حقيقية بتزييف المحكوم له للوقائع من أجل خداع القاضي والخصم الآخر(٩)، وقد يصدر الحكم في أحيان أخرى ، دون

(٦) ودليل ذلك قول الله تعالى في سورة الأنبياء الآية ٧٨ ، ٧٩ حيث يقول" وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما . . . ". فقد قضى داود بالغنم لصاحب الكرم ، فقال سليمان غير هذا يا نبي الله ، قال وما ذاك ، قال تدفع الكرم إلى صاحب الغنم فيقوم عليه ، حتى يعود كما كان وتدفع الغنم إلى صاحب الكرم فيصيب منها ، حتى إذا كان الكرم كما كان ، دفعت الكرم إلى صاحبه ودفعت الغنم إلى صاحبها. أنظر تفسير ابن كثير : ط١٩٨٠ ج ٣ ص ١٨٦.

(٧) ويقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم في هذا المعنى في حديث له :" إنما أنا بشر وأنه يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صدق فأقضي له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم ، فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو فليتركها ". روى هذا الحديث أم سلمه رضي الله عنها زوج الرسول صلى الله عليه وسلم ، وذلك عندما سمع خصومة بباب حجرته. أنظر : اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان البخاري ومسلم – وضعة محمد فؤاد عبد الباقي – ج٢ كتاب الأقضية.

(٨) وقد حاول القانون تجنب هذه النتيجة ، فألزم الخصم الذي لا يتحمل بحكم مركزه واجب الإثبات ، أن يتعاون مع خصمه في إثبات دعواه متى عجز عن ذلك ، ولهذا وفقد أجازت المادة ٢٠ إثبات إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده ، وأجازت المادة ٢٧ دعوى العرض ، وأجازت المادة ١٠٥ إثبات استجواب الخصم ، وأجازت والمادة ١١٤ اليمين. أنظر في عرض واجب المعاونة في الإثبات في القانون المصري والمقارن . للمؤلف : مسئولية الخصم عن الإجراءات ص ٦٠٨.

(٩) وقد عالج المشرع في قانون المرافعات ، هذا الفرض عن طريق إجازة الطعن في الحكم ، على ألا يبدأ ميعاد الطعن إلا من تاريخ انكشاف الخدع إلى لجأ إليها الخصم ، وذلك طبقا للمادة ٢٢٨ مرافعات. وإذا كان الحكم صدر بصفة انتهائية ، فقد أجاز القانون الطعن فيه بالتماس إعادة

حضـور الخصم أو سماع دفاعه ، طالما تمت دعوته على النحو المقرر قانونا[10].

٨٩ = لكن المعالجة التشريعية لهذا الحل التوفيقي لم تعتمد تصورا واحدا ، فقد حاولت بعض النظم القانونية مراعاة مصالح الخصوم ، بإجازة تزويد الحكم بالقوة التنفيذية فور صدوره لكنها جعلت للطعن فى الحكم أثرا واقفا لقوة الحكم التنفيذية ، ويستمر هذا الأثر الواقف إلى أن يفصل فى الطعن المرفوع ضد الحكم[11]. بينما اعتمدت نظما أخرى ، تصورا يهدف إلى تحقيق قدر معقول من الاستقرار للحكم ، يبرر الاعتراف له بالقوة التنفيذية ، إما بتزويد الحكم بحصانة إجرائية بمجرد صدوره تمنع المساس بالحكم ، وإما باعتماد قاعدة التدرج الإجرائى كأساس لمنح الحكم القوة التنفيذية ، ومفاد هذه القاعدة أن الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة ، لا يكون لها القوة التنفيذية من حيث المبدأ ، نظرا لقابليتها للطعن بطرق الطعن العادية وهو ما يتنافى مع استقرار الحكم ، لكن متى تخطى الحكم هذه المرحلة ، فإنه يكون قد

النظر ، طبقا للمادة ٢٤١ مرافعات.

(١٠) طبقا للمادة ٨٤ مرافعات فإن تخلف المدعى عليه عن الحضور فى أول جلسة ، يكون سببا لتأجيل الخصومة إلى جلسة أخرى وإعادة إعلانه بها ، إلا إذا كان قد أعلن لشخصه ، فإذا لم يحضر رغم إعادة إعلانه ، فإن الحكم الصادر فى الدعوى ، يكون حضوريا فى حقه رغم غيابه وعدم تقديم دفاعه. وفى القانون الفرنسى فإن المادة ٤٧٣ من قانون المرافعات ، تجعل من غياب المدعى عليه ، سببا لصدور حكم غيابى ، إذا كان الحكم صادرا بصفة انتهائية ، ولم يكن المدعى عليه قد أعلن لشخصه. ويعد الحكم حضوريا ، متى كان الحكم قابلا للاستئناف ، أو إذا كان المدعى عليه قد أعلن لشخصه.

(١١) كان القانون الفرنسى حتى وقت قريب يعتمد هذه القاعدة ، فقد كانت الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة ، يتم تزويدها بالقوة التنفيذية فور صدورها ، بشرط إعلانها للمحكوم عليه ، لكن تنفيذ الحكم كان يتقيد بمهلة زمنية مدتها ثمانية أيام ، فإذا مضت هذه المهلة دون الطعن فى الحكم ، فإنه يجوز تنفيذ الحكم. أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨٠٠. وكان القانون المصرى يأخذ بهذه القاعدة فى قانون المرافعات الأهلى والمختلط وكان للطعن فى الحكم أثرا واقفا لهذه القوة. أنظر: عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ والتحفظ فى المواد المدنية والتجارية - ١٩١٩ رقم ٢٥ ص ٢٩ ؛ أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد: التنفيذ علما وعملا - ١٩٢٧ رقم ٣٤ ؛ محمد العشماوى: قواعد التنفيذ - ١٩٢٧ رقم ٥.

تحقق له قدرا معقولا من الاستقرار يبرر خلع القوة التنفيذية عليه ، حتى مع قابليته للطعن بطرق الطعن غير العادية ، التى لا يكون من شأنها التأثير فى قوة الحكم.

الحصانة الفوريـــــة

٩٠ = اتجهت بعض النظم القانونية إلى تزويد الحكم بحصانة إجرائية بمجرد صدوره تسمح بخلع القوة التنفيذية عليه ، وهذه الحصانة لا تسمح بأن يكون الحكم محلا للمراجعة إلا بشروط محددة ، وهو ما يحقق للحكم الاستقرار على نحو يمكن التعويل عليه فى السماح بتنفيذه فى هذه المرحلة المبكرة من عمر الحكم ، وذلك إما لأن التقاضى على درجة واحدة ، وإما لأن مراجعة الحكم بواسطة قضاء ثانى درجة لا يكون ممكنا إلا لأسباب محددة ، بحيث يخضع نظر الطعن لتوافر أحد هذه الأسباب ويكون طعنا استثنائيا.

الفقه الإسلامـــــى

٩١ = اعتمد الفقه الإسلامى القاعدة التى تقضى بأن الأحكام تحوز القوة التنفيذية بمجرد صدورها ، ولا يكون اكتساب الحكم لهذه القوة متوقفا على اكتسابه لوصف معين أو استنفاد طرق معينة للطعن أو المراجعة[١٢]. وتعليل ذلك ، أن الأحكام وإن كانت أعمالا بشرية قد

(١٢) أنظر: عبد العزيز بديوى: قواعد ص ٢٣ ؛ عبد الحكم شرف: فى حجية الأحكام ص١٥. وفى تحديده لمفهوم الحجية عند فقهاء الشريعة الإسلامية يقول ، إنها تستند إلى فكرة الظاهر ومقتضى هذه الفكرة أن كل حكم صدر وفق الشروط الشرعية يكون صحيحا ومحققا للعدالة وبالتالى مستحقا للتنفيذ ، وبناء عليه إذا كان هناك طلب مبنى على مجرد احتمال ولم يقترن بدليل مقبول ، بحيث يقتضى ويتطلب فائدة الإعادة ، فإنه بناء على الظاهر لا يلبى هذا الطلب بإعادة النظر فى القضايا ولا بتأجيل تنفيذ الحكم أو نقضه. وقوة الحجية التى يتمتع بها الحكم ، لا تختلف قوة وضعفا باختلاف المراحل التى يمر بها الحكم ، وإنما يحوز الحكم القضائى الصحيح حجية ذات قوة محددة من أول الأمر ، وهى اعتباره محقا وعادلا من حيث الظاهر ، وهذه القوة تجعله مستحقا للتنفيذ ، وهذه الحجية يجب احترامها من كل القضاة ، من غير أن يستثنى منهم أحدا ،

يعتورها العيب ، إلا أن أخذ هذا الأمر فى الاعتبار قد يؤدى إلى تعطيل تنفيذها ، ومن ثم تعم الفوضى وينتشر الاضطراب ، لأن إعادة النظر فى القضايا من غير ضرورة أو فائدة يعد ابتذالاً ينبغى أن يصان القضاء عنه ، وأن تُعقبَ أحكام القضاة يتضمن قدحاً فيهم وعندئذ لا يثق أحد فيما يصدر عن القضاء من أحكام وفى ذلك أشد الضرر(١٣). وقد أجاز الفقه نقض الحكم إذا كان مخالفاً للكتاب أو السنة أو الإجماع ، سواء من القاضى الذى أصدره أو من غيره من القضاة ، لكن نقض الحكم يقتضى أن يكون بناء على طلب مقترن بدليل مقبول على المخالفة(١٤).

القانون السودانـــــى

٩٢ = القاعدة المقررة فى هذا القانون هى التنفيذ الفورى للحكم بمجرد صدوره رغم قابليته للطعن(١٥). ومن أجل التوفيق بين مصالح

كما يجب على الحكام مراعاتها وليس لأحد منهم أن ينقض الحكم القضائى الصادر وفق الشروط الشرعية. أنظر: ابن أبى الدم: أدب القضاة - ط ١ ١٩٧٨ ص ١١١.

(١٣) وقد استند الفقه الإسلامى فى الأخذ بهذه القاعدة إلى الظاهر ، فالظاهر من كل حكم صدوره وفقا للشروط الشرعية ، وقد بين الفقه هذه الشروط ، فى وجوب أن يتقدم الحكم خصومة ودعوى صحيحة ، وأن يصدر الحكم بصيغة تدل على الإلزام ، وأن يكون واضحا فى تحديد المحكوم عليه والمحكوم له ، وأن يكون فى حضرة الخصوم وأن يصدر من قاض صحيح التولية. أنظر: عبد الحكم شرف: المرجع السابق ص ١٢ ، ١٣ ؛ ابن أبى الدم: المرجع السابق ص ٣٣.

(١٤) فرق فقه الشريعة بشأن نقض الحكم ، بين ما إذا كان الحكم مخالفا لقاعدة من القواعد المقررة فى كتاب أو سنة أو إجماع ، وفى هذا الفرض فإن نقض الحكم يكون للقاضى الذى أصدره أو غيره من القضاة ، لكن نقض الحكم يستوجب قيام دليل مقبول على المخالفة. وبين الأحكام المبنية على الاجتهاد ، وهذه الأحكام لا تكون مجالا للنقض أو التغيير ، ما دام أنها قد صدرت من قاض صحيح التولية ، ومستوفية كافة الشروط الشرعية ، سواء من القاضى الذى أصدر الحكم ولو تغير اجتهاده ، أو من القضاة اللاحقين عليه بمناسبة عرض الأمر عليهم مرة أخرى ، حيث لا يجوز لهم تعقب أحكام من سبقهم من القضاة ، إذا كانت مبنية على الاجتهاد. أنظر: عبد الحكم شرف: المرجع السابق ص ١٧ ؛ محمود هاشم: قانون القضاء ج ٢ ص ١١٦.

(١٥) أنظر فى هذا الموضوع: محمد عبد الجواد: المبادئ العامة فى التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات السودانى - مجلة القانون والاقتصاد ٣٦ - ١٩٦٦ ص ١١٢. وأنظر المادة ٦ من الأمر الحادى عشر الخاص بالاستئناف التى تنص على أنه" لا يترتب على الاستئناف وقف الإجراءات التى تتخذ بموجب الحكم أو الأمر المستأنف ، إلا بالقدر الذى تأمر به محكمة

الخصـوم ، فـإن هـذه القـاعدة تتقـيد بقيديـن ، يتمـثل الأول فـى وجـوب الحصـول على أمر بتنفيذ الحكم من القاضـى ، لأن جميع مراحل التنفيذ فـى هذا القـانون تتم بأمر وإشراف القاضـى(١٦)، فالمحكمة التى أصدرت الحكم هـى التى تباشر تنفيذه(م ١٨٦ ، ١٨٧ من قانون القضاء المدنى). وقيل فـى تعليل ذلك ، أن إجراءات التنفيذ بما تمثله من خطورة يجب أن تكون بيد القاضـى ، ولـه من سلطته وطبيعة عملـه ما يجعله قادرا على التقدير الصـحيح والموازنـة بين مصلحة المحكوم له والمحكوم عليه(١٧). ويتمـثل الثـانى فـى سلطة المحكمـة التى أصدرت الحكم فى وقف تنفيذه ، إذا كـان الحكم قـابلا للاستئناف وتـم تقديم طلب وقـف التنفيذ قبل انقضـاء ميعاد الاسـتئناف مـع تقديم الأسباب المسـوغة لذلـــك(١٨). كمـا أعطيت سلطة وقف تنفيذ الحكم أيضا لمحكمة الاستئناف ، فيكون لها وقف تنفيذ الحكم إذا قدمت الأسباب المسوغة لذلك ، ويظل الأمر بوقف التنفيذ نافذا إلـى أن تفصل المحكمـة فى موضـوع الطعن ، فعندئذ يتحدد أمر التنفيذ بصـفة نهائية ، تبعا لمـا يصـدر من قضـاء الاستئناف من تأييد أو إلغـاء للحكم.

القانون الإنجليـــــزى

٩٣ = اعتمد القـانون الإنجليزى القـاعدة التى تقضى بتزويد الحكم بالقوة التنفيذية فور صدوره ، رغم قابليته للطعن بالمعارضة والاستئناف وحتى لو تم الطعن فيه بالفعل ، فإن ذلك لا يؤثر فى قوة الحكم التنفيذية ،

الاستئناف. وكذلك لا يجوز وقف تنفيذ الحكم لمجرد رفع الاستئناف عنه ومع ذلك يجوز لمحكمة الاستئناف أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم للأسباب التى تراها مسوغة لذلك ".

(١٦) حيث يقتصر دور المحضرين وموظفى المحاكم فى الغالب على الإعلان لذا فليس لهم دور مؤثر فى إجراءات التنفيذ. أنظر: محمد عبد الجواد: الإشارة السابقة.

(١٧) أجازت المادة ١٩١ من قانون القضاء المدنى للقاضى المشرف على إجراءات التنفيذ القبض على المحكوم عليه وإحضاره للمحكمة لاستجوابه عن مقدرته على الوفاء أو حبسه.

(١٨) أنظر: محمد عبد الجواد: الإشارة السابقة.

لكن أجيز وقف تنفيذه إذا تم الطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف ، وذلك بعد الحصول على إذن بالوقف من القاضى الذى حكم فى الدعوى أو من المحكمة الاستئنافية رعاية لمصلحة المحكوم عليه(١٩).

التدرج الإجرائى للحصانـــة

٩٤ = تعتمد حصانة الحكم ضد المساس به إلغاء أو تعديلا طبقا لهذه الفكرة ، على درجة التقاضى الصادر عنها الحكم ، فكلما ارتقى الحكم صعوداً فى درجات التقاضى ، كلما زادت حصانته حتى يصل إلى الدرجة التى يمتنع فيها المساس به ، وذلك إذا تلاشت إمكانية الطعن فيه وعندئذ فإنه يحوز حصانة مطلقة. وتهدف هذه الفكرة إلى تحقيق الاستقرار للحكم ، فكلما تحقق له القدر المعقول من الاستقرار على نحو لا يكون من الممكن المساس به إلا فى أضيق الحدود ، فإنه يكون من الممكن عندئذ خلع القوة التنفيذية عليه. وتقاس حصانة الحكم على هذا النحو ، انطلاقا من طرق الطعن المتاحة ضد الحكم ، وذلك فى النظم التى تعتمد التقاضى على درجتين ، وهو ما يسمح بعرض النزاع على أكثر من محكمة مرتبة تصاعديا فى سلم التقاضى عن طريق السماح بالطعن فى الحكم الصادر من المحاكم الأدنى درجة أمام المحاكم الأعلى درجة.

٩٥ = وتتدرج قوة الحكم أو حصانته بحسب طبقة المحكمة التى أصدرته وموقعها بالنسبة لغيرها من المحاكم ، فالأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة تكون أضعف الأحكام جميعا ، نظرا لقابليتها للطعن بطرق الطعن العادية ، فهى أحكام قلقة غير مستقرة يمكن أن تلغى أو تعدل من محكمة الطعن. أما الأحكام الصادرة عن محاكم ثانى درجة ،

(١٩) أنظر: أحمد صفوت: النظام القضائى فى إنجلترا ص ٢١٣ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٥٣ ص ١٨٢.

فإنها تكون أكثر حصانـة ، وإن كانت حصانتها نسبية لأنها تكون قابلة للطعن بطرق الطعن غير العادية ، ومع ذلك فإن ما يتحقق لها من استقرار ، يمكن التعويل عليه فى تزويد الحكم بالقوة التنفيذية ، لأن إمكانية المساس بالحكم تكون فى أضيق الحدود ، لأن الطعن فيه لا يكون إلا لأسباب محددة ، أما الأحكام الصادرة عن قضاء النقض فإنها تكون أقوى الأحكام جميعا ، وتحوز حصانة مطلقة نظرا لعدم قابليتها للطعن بأى طريق لصدورها من أعلى طبقات المحاكم.

٩٦ = واستنادا إلى ترتيب المحاكم على هذا النحو فإنه يجرى تقسيم الأحكام ، إلى أحكام ابتدائية وهى التى تصدر عن محاكم أول درجة وتكون قابلة للطعن بطرق الطعن العادية الاستئناف والمعارضة ، وأحكام انتهائية لا تقبل الطعن بالاستئناف وإن كانت قابلة للطعن بالمعارضة ، وأحكام حائزة لقوة الأمر المقضى وهى أحكام لا تقبل الطعن بطرق الطعن العادية ، وإن كانت قابلة للطعن بطرق الطعن غير العادية ، وأحكام باتة لا تقبل الطعن بأى طريق.

٩٧ = ومن تقسيم الأحكام على هذا النحو فإنه يمكن ملاحظة أن حصانة الأحكام الإجرائية تتدرج تصاعديا ، حتى تصل أقصى درجات قوتها فى الأحكام الباتة ، التى لا يجوز المساس بها بأى طريق ، بينما تكون فى أدنى درجاتها فى الأحكام الابتدائية التى تقبل الطعن بطرق الطعن العادية ، فهى أحكام قلقة غير مستقرة ولا يمكن الاعتماد عليها كنقطة انطلاق لأعمال التنفيذ الجبرى. أما الأحكام الانتهائية وهى التى لا تقبل الطعن بالاستئناف ولكنها تقبل الطعن بالمعارضة فهى أحكام أكثر استقرارا من سابقتها لتضاؤل احتمالات المساس بها ، وإن ظل هذا الاحتمال قائما ، أما الأحكام الحائزة لقوة الأمر المقضى فهى أحكام تشغل منطقة وسط بين النوعين السابقين ، لأنها لا تقبل الطعن سوى

بطرق الطعن غير العادية ، وتتمتع بحصانة نسبية يمكن التعويل عليها فـي بدء أعمال التنفيذ الجبرى ، لأن الطعن فيها لا يكون إلا لأسباب محددة ولهذا تتضاءل إلى حد كبير احتمالات المساس بها.

٩٨ = وتختلف نظرة النظم القانونية إلى الحصانة ، التى تترتب على التدرج الإجرائى لقوة الحكم تبعا لنوع المصلحة الأولى بالرعاية ، فبعض النظم تميل إلى مصلحة المحكوم له ، وتزود أحكام محاكم أول درجة بالقوة التنفيذية فور صدورها ، لكنها تجعل للطعن فى الحكم أثرا واقفا لهذه القوة يعطل التنفيذ حتى الفصل فى الطعن ، بينما تحاول نظم أخرى التوفيق بين مصالح الخصوم ، بحيث لا يكون الحكم مستحقا للقوة التنفيذية ، إلا إذا حاز قدراً من الحصانة الإجرائية تبرر خلع القوة التنفيذية عليه.

التدرج فى القانون العراقى والأردنى

٩٩ = يتفق كل من القانون العراقى والأردنى ويشاركهم فى ذلك القانون اللبنانى ، أن الحكم الصادر من محاكم أول درجة يكون مستوجبا للتنفيذ بمجرد صدوره بقصد رعاية مصلحة المحكوم لـه ، لكن هذه القوانين تجعل للطعن فى الحكم أثراً واقفا لقوته التنفيذية ، ويستمر هذا الأثر حتى الفصل فى الطعن ، ومن أجل معالجة الأثر المترتب على الأخذ بهذه القاعدة فى تأخير التنفيذ ، فإنه يجرى تزويد الأحكام الابتدائية بالقوة التنفيذية المعجلة ، فى الحالات التى لا تحتمل الانتظار. فالقانون العراقى فى المادة ٩ من قانون التنفيذ يزود أحكام محاكم أول درجة بالقوة التنفيذية بمجرد صدورها ، لكن الطعن فى الحكم بالاستئناف أو المعارضة يؤدى إلى وقف قوة الحكم طبقا للمادة ١٨٣ ، ١٩٤ من قانون المرافعات ، ما لم يكن الحكم مقترنا بالتنفيذ المعجل ، أما الطعن فى الحكم بطرق الطعن غير العادية ، فليس له تأثير على قوة الحكم.

والقانون الأردني في المادة ١٩ من قانون الإجراء يخلع على الأحكام الابتدائية القوة التنفيذية إلا أن الطعن بالاستئناف يعطل قوة الحكم ، لكن التعطيل لا يكون إلا بناء على قرار من القاضي ، ما لم يكن الحكم مزودا بالقوة التنفيذية المعجلة[٢٠].

التدرج في القانون الفرنســـي

١٠٠ = اعتمد القانون الفرنسي فكرة التدرج الإجرائي كأساس لتزويد الحكم بالقوة التنفيذية. وقد حاول من خلال هذه الفكرة إيجاد نوع من التوازن بين مصالح الخصوم ، فقرر أن السماح بتنفيذ الحكم في مرحلة مبكرة من صدوره يعرض مصالح المحكوم عليه للخطر ، إذا ما ألغي الحكم من محكمة الطعن ، ويكون قد تحمل التنفيذ دون أي مبرر ، لهذا فإن الحكم يجب أن يقطع شوطا معقولا في سلم الإجراءات ، يكون بعده غير قابل للطعن بطرق الطعن العادية ، لكي يتم تزويده بالقوة التنفيذية. لكنه لم يغفل مصلحة المحكوم له لأن الحكم يكون قابلا للتنفيذ دون أن يتحصن حصانة كاملة داخل الإجراءات ، فلا يؤثر في قوة الحكم التنفيذية أن يكون قابلا للطعن بطرق الطعن غير العادية ، حتى لا يتأخر التنفيذ إلى الحد الذي يعرض مصلحته للخطر ، لذا يكفي أن يحوز الحكم قوة الأمر المقضي لكي يتم تزويده بالقوة التنفيذية ، وهي درجة متوسطة من الحصانة ما بين حكم ابتدائي مهدد بالإلغاء وحكم بات غير قابل للطعن بأي طريق. لكن الخشية من طول الفترة التي يستغرقها الحكم حتى تتحقق لـه هذه الحصانة ، فقد تبنى المشرع الفرنسي في قانون المرافعات القاعدة الوقتية في قوة الأحكام التنفيذية والتي تسمح بالتنفيذ المعجل " exécution provisoire " للحكم الابتدائي ،

---

(٢٠) أنظر: على مظفر حافظ: شرح قانون التنفيذ المعدل - ١٩٦٦ مطبعة العاني بغداد رقم ٥٧ ، ٥٨ ؛ مفلح عواد: أصول التنفيذ وفقا لقانون الإجراء الأردني - ط ٣ - ١٩٩٢ مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان ص ٦٧.

لمواجهة الظروف التى لا تحتمل الانتظار[٢١].

١٠١ = وقد اتجه المشرع الفرنسى إلى تحقيق هذه الغاية بشكل بسيط ومباشر ، فقرر من حيث المبدأ أن الحكم طبقا للقاعدة العادية لا يكون مستحقا لخلع القوة التنفيذية عليه إلا بوصوله إلى مرحلة متوسطة فى سلم الإجراءات ، تقع بين محكمة أول درجة ومحكمة النقض ، فلا يتم تزويد الحكم بالقوة التنفيذية طالما أنه قابلا للطعن بطرق الطعن العادية ، أما طرق الطعن غير العادية فلا تأثير لها فى قوته.

(٢١) اعتمد نظام تزويد الأحكام بالقوة التنفيذية فى القانون الفرنسى القديم ، القاعدة التى كانت تفرق بين التنفيذ فى مواجهة المحكوم عليه ، والتنفيذ فى مواجهة الغير ، فإذا كان التنفيذ يجرى فى مواجهة المحكوم عليه ، فإن أحكام محاكم أول درجة التى تم إعلانها له ، كانت تحوز القوة التنفيذية ، رغم قابليتها للطعن بطرق الطعن العادية(الإستئناف - المعارضة) بحيث يجوز تنفيذها أثناء ميعاد الطعن ، إلا أن الطعن فى الحكم يؤدى إلى وقف تنفيذه ، عن طريق الأثر الوقف للطعن" effet suspensif " وقد كان تنفيذ الحكم يتقيد بميعاد" délai de trêve " مدته ثمانية أيام يبدأ من تاريخ إعلان الحكم لا يجوز التنفيذ خلاله ، لمنح المحكوم عليه فرصة للطعن فى الحكم. وحتى بعد أن ألغى هذا القيد بالمرسوم بقانون فى ٣٠ أكتوبر ١٩٣٥ بالنسبة للأحكام الحضورية ، وبمرسوم ٢٦ نوفمبر ١٩٦٥ بالنسبة للأحكام الغيابية ، فإنه لم يكن ممكنا تنفيذ الحكم أثناء ميعاد الطعن ، إذ ما لبث أن تدخل المشرع ليجعل لميعاد الطعن أثرا واقفا ، لا يجوز تنفيذ الحكم خلاله ، وهكذا فإن تنفيذ الحكم لا يكون ممكنا إلا بانقضاء ميعاد الطعن ، وإذا تم الطعن فى الحكم ، فإن التنفيذ لا يكون ممكنا إلا بصدور الحكم من محكمة الطعن. أما إذا كان التنفيذ يجرى فى مواجهة الغير فإن قاعدة القوة التنفيذية للأحكام ، قد اتجهت مباشرة نحو الأحكام الحائزة لقوة الأمر المقضى" force de chose jugée " بحيث لا يكو الحكم قابلا للطعن بطرق الطعن العادية الاستئناف أو المعارضة(م ١٦٤ معدلة بمرسوم ٢٢ ديسمبر ١٩٥٧ ، ٥٤٨ مرافعات). وإن كان مرسوم ٢٦ نوفمبر ١٩٦٥ قد ألغى التفرقة التى كانت قائمة من قبل بالتنفيذ فى مواجهة أطراف الحكم أو الغير ، وجعل لميعاد المعارضة والاستئناف أثرا واقفا للتنفيذ(م ٥٤٨ مرافعات). وإلى جوار هذه القاعدة أجاز القانون الفرنسى التنفيذ المعجل للأحكام من أجل تلافى النتائج المترتبة على تأخير التنفيذ طبقا للقاعدة العادية ، وميز بين نوعين منه التنفيذ المعجل بقوة القانون كأحكام القضاء المستعجل" ordonnance de référé "(م ٨٠٩ مرافعات)، لكنه استبعد التنفيذ المعجل فى بعض الحالات ، كالحكم بالمصاريف(م ١٣٧) أو فى الحالات التى لا تسمح فيها طبيعة النزاع. والتنفيذ المعجل القضائى ، وجعل منه إجباريا فى بعض الحالات" obligatoire " وجوازيا " facultative " فى حالات أخرى ، وقد ألغيت هذه التفرقة وحل محلها تنفيذا معجلا قضائيا جوازيا ، يتمتع القاضى فيه بسلطة كبيرة فى الأمر بالتنفيذ المعجل ، بشرط الطلب الصريح من الخصم ، وتوافر الاستعجال" urgence ". أنظر: كيش وفنسان: المرافعات - ١٩٦٣ رقم ٣٧٠ ، ٣٧٢ ص ٤٢١ ؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٩٨١ رقم ٨٠٠ ص ٧٣٧.

وقد وردت هذه المبادئ لأول مرة على هذا النحو ، فى مرسوم ٢٨ أغسطس ١٩٧٢ ، ثم أعيد تقديمها مرة أخرى فى قانون المرافعات الجديد ١٩٧٥[٢٢]، فقد اعتمد هذا القانون المبدأ الذى يقضى بتزويد الأحكام بالقوة التنفيذية متى حازت قوة الأمر المقضى'' force de chose jugée''. وقد ورد هذا الحكم صراحة فى المادة ٥٠١ مرافعات والتى تنص على جواز تنفيذ الحكم متى حاز قوة الأمر المقضى ، ما لم يمنح المدين أجلا للوفاء(نظرة الميسرة)'' délai de grace'' أو إذا كان الحكم مشمولا بالتنفيذ المعجل'' exécution provisoire ''[٢٣]. ويحول بين الحكم وبين هذه القوة الطعون الموقفة للتنفيذ(م ١/٥٠٠ مرافعات) وهى الطعون العادية الاستئناف والمعارضة (م٥٣٩ مرافعات)، ومتى تحصن الحكم ضد هذه الطعون فإنه يكون مستوجبا للقوة التنفيذية. أما طرق الطعن غير العادية فلا تأثير لها على قوة الحكم التنفيذية[٢٤]. وهذا ما تناولته المادة ٥٧٩ مرافعات بقولها طرق الطعن غير العادية لا تؤدى إلى وقف التنفيذ ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[٢٥].

---

(٢٢) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨٠١ ص ٧٣٨.

(٢٣) ومن قضاء المحاكم فى هذا الصدد قولها''الحكم المطعون فيه بالاستئناف أو المعارضة ، يحوز أثرة التنفيذى من تاريخ إعلانه متى رفض الطعن''.

Civ.3e, 15 mai 1974, J.C.P.75.11, 18156, note THUILIER D.1975, 787, obs. Frank, Rev.trim.dr.civ.1975, 787, obs. Perrot.

(٢٤) وقضى فى هذا الخصوص'' يتضح من المادة ٥٧٩ مرافعات أن تنفيذ المؤجر لحكم بطرد المستأجر ، وقد تم نقض هذا الحكم فيما بعد ، فإنه لا يجوز أن ينسب إلى المؤجر خطأ بأى حال يبرر الحكم عليه بالتعويضات عن الضرر الذى أصاب المستأجر من واقعة التنفيذ ''.

Civ.3e, 15 février 1977, Bull.Civ.11, p.57, D.1977.IR, P. 263, obs. Julien, Rev. trim, 1977, 833, obs. Perrot.

(٢٥) إذا كانت طرق الطعن غير العادية لا تؤثر فى قوة الحكم التنفيذية وهى الطعن بالنقض والطعن بالتماس إعادة النظر ، ومع ذلك فقد أجيز وقف قوة الحكم فى بعض الحالات الخاصة بصفة استثنائية ، منها حالات الطلاق والانفصال الجسمانى المادة ٥٠ ، ٥١ مرسوم ٧٥ - ١١٢٤ فى ٥ ديسمبر ١٩٧٥. وفى الحالات التى يتم فيها الحكم على الدولة بمبلغ من النقود

١٠٢ = لكن المشرع الفرنسى أضاف إلى القاعدة العادية ، قاعدة أخرى هى القاعدة الوقتية لتزويد الأحكام الابتدائية بالتنفيذ المعجل ، رغم قابليتها للطعن بطرق الطعن العادية وحتى مع الطعن فيها بالفعل ، مستبعدا من تطبيقها فكرة التدرج الإجرائى ، وذلك بقصد تلافى المخاطر التى تنشأ عن تأخير التنفيذ طبقا للقاعدة العادية ، فى الحالات التى لا تحتمل الانتظار ، فنظم نوعا من التنفيذ المعجل بقوة القانون ، لأحكام القضاء المستعجل والأحكام التى تأمر بإجراءات تحفظية والأوامر على عرائض(م ٤٨٩ ، ٤٩٥ ، ٢/٥١٤ مرافعات) وتثبت القوة التنفيذية لهذه القرارات بقوة القانون ، دون حاجة إلى طلب ولا إلى قرار من القاضى(م ٥١٤ مرافعات)، وإمعانا فى حماية القوة التنفيذية لهذا النوع من التنفيذ المعجل ، فإنه لا يجوز وقف تنفيذها عند الطعن فى الحكم(م ٥٢٤ مرافعات)[٢٦].

ونظم نوعا آخر من التنفيذ المعجل الجوازى ، ويتمتع القاضى فى هذا النوع من التنفيذ بسلطة تقديرية واسعة ، تسمح له بتزويد الحكم أو عدم تزويده بالتنفيذ المعجل ، ومن أهم خصائصه أن شمول الحكم بالقوة المعجلة ، فى غير الحالات التى يكون فيها التنفيذ المعجل بقوة القانون ، لا يكون إلا بناء على أمر المحكمة ويكون لها ذلك بناء على طلب أو من تلقاء نفسها ، لكن هذه السلطة التقديرية مقيدة ، بضرورة أن يقدر القاضى أن التنفيذ المعجل للحكم لابد منه أى ضرورى ، وأنه ملائم لطبيعة المسألة الصادر بها الحكم ، هذا بالإضافة إلى أن شمول الحكم بالقوة المعجلة لا يتوقف على قضاء أول درجة ، وإنما يمكن شمول الحكم بهذه القوة المعجلة أمام قضاء الاستئناف(م ٥٢٥ مرافعات)[٢٧].

مرسوم ١٦ يوليو ١٧٩٣.

(٢٦) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨١٤ ص ٧٤٧.

(٢٧) أنظر فى نظام التنفيذ المعجل فى القانون الفرنسى وأهم خصائص هذا النظام وكذلك أهم

التدرج فى القانون المصـــرى

١٠٣ = اعتمد القانون المصرى ، من حيث المبدأ فكرة التدرج الإجرائى كأساس لتزويد الحكم بالقوة التنفيذية طبقا للقاعدة العادية ، بحيث لا يجوز الاعتراف للحكم بهذه القوة إلا بحصوله على قدر من الحصانة ، تحول بينه وبين طرق الطعن العادية ، حتى يتحقق للحكم قدرا معقولا من الاستقرار يمكن التعويل عليه لبدء أعمال التنفيذ ، أما طرق الطعن غير العادية ، فلا تأثير لها على قوة الحكم. وهذا هو الحل التوفيقى الذى حاول المشرع من خلاله خلق نوع من التوازن بين مصالح الخصوم ، سواء فى تنفيذ سريع لصالح المحكوم له فلا يكون مضطرا للانتظار حتى يحوز الحكم حصانة مطلقة ضد المساس به ، وهو ما يعنى امتناعه عن الطعن بأى طريق ، أو فى عدم إجازة بدء أعمال التنفيذ بمقتضى الأحكام الابتدائية المهددة بالإلغاء مراعاة لمصلحة المحكوم عليه ، فلا يكون مضطرا للخضوع لأعمال التنفيذ ما لم يكن التزامه ثابتا فى حكم ، حاز حصانة نسبية على الأقل تحصنه ضد طرق الطعن العادية. لكن المشرع تدخل بقاعدة أخرى ، هى القاعدة الوقتية فى قوة الأحكام التنفيذية ، عالج من خلالها حالات التنفيذ التى لا تحتمل الانتظار طبقا للقاعدة السابقة ، أجاز بمقتضاها تزويد الأحكام الابتدائية بالقوة التنفيذية المعجلة رغم قابليتها للطعن بطرق الطعن العادية ، وحتى لو تم الطعن فيها الفعل ، فلم يتطلب فى هذه الأحكام حصانة معينة لتزويدها بالقوة التنفيذية ، مستبعدا من تطبيق هذه القاعدة فكرة التدرج الإجرائى ، لأن هذه القاعدة تواجه الفروض التى تحتاج إلى

مميزاته.

FERRAND, L'exécution provisoire des décisions, GAZ. PAL. 1987. Doct. 370; HANINE, Le droit de l'exécution Dans la nouveau Code. J.C.P.76. 1. 2756; LOYER LARHER. La réforme de l'exécution provisoire, GAZ. PAL., 1976, 2, Doct. 586.

تنفيذ سريع لا يحتمل الانتظار حتى يحوز الحكم القوة التنفيذية العادية.

١٠٤ = وقد اتجه القانون المصرى إلى تطبيق فكرة التدرج الإجرائى طبقا للقاعدة العادية فى قوة الأحكام منذ قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ فقد ربط هذا القانون بين قوة الحكم التنفيذية ، وبين الحصانة الإجرائية التى توفرها له قوة الأمر المقضى وتحصنه ضد طرق الطعن العادية ، وقد ورد هذا الحكم فى المادة ٤٦٥ من هذا القانون ، والتى كانت تقضى بأن الأحكام الابتدائية والأحكام الغيابية لا يجوز تنفيذها ، ما دام الطعن فيها بالمعارضة والاستئناف جائزا. أما قابلية الحكم للطعن بطرق الطعن غير العادية(النقض والالتماس)، فلا تأثير لها على قوة الحكم التنفيذية ، وإن أجيز لمحكمة النقض عند الطعن وقف تنفيذ الحكم(م ٤٢٠ ، ٤٢٧ مرافعات)[٢٨].

١٠٥ = واصل قانون المرافعات الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، الخط الذى بدأه قانون المرافعات السابق ، متخذا من فكرة التدرج الإجرائى أساسا لتزويد الحكم بالقوة التنفيذية ، طبقا للقاعدة العادية فى قوة الأحكام ، لكنه أدخل على هذه القاعدة بعض التعديلات الطفيفة ، التى لا تؤثر فى التنظيم ككل[٢٩]، وقد تمثل هذا التعديل فى الاختلاف

(٢٨) كان القانون المصرى القديم ، فى ظل قانون المرافعات الأهلى والمختلط ، يتبنى قاعدة التنفيذ الفورى لأحكام محاكم أول درجة ، وإن اختلف التطبيق بينهما ، فقد تبنى القانون المختلط قاعدة التنفيذ الفورى لكنه جعل من الطعن فى الحكم بالاستئناف أو المعارضة معطــلا لهذه القوة(م ٣٨٠ - ٤٢٠ مرافعات مختلط). أما القانون الأهلى فقد اعتمد قاعدة مغايرة تربط بين انقضاء مواعيد الطعن العادية وبين قوة الحكم التنفيذية ، فالأحكام الصادرة من محاكم أول درجة لا تحوز القوة التنفيذية ، طالما أنها قابلة للطعن بطرق الطعن العادية ، ما لم يكن الحكم مشمولا بالتنفيذ المعجل(م ٣٥٦ مرافعات أهلى)، فإذا تم الطعن فى الحكم فإن التنفيذ لا يكون ممكنا إلا بعد الفصل فى الطعن. أنظر عرضا للتطور التشريعى فى القانون المصرى فى القانون الأهلى والمختلط والقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، ما تقدم رقم ٢٢ وما يليه.

(٢٩) أدخل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ تعديلا جوهريا على المواد من ٣٨٥ حتى ٣٩٣ من قانون المرافعات السابق ، وذلك بإلغاء المعارضة كأصل عام ، مع إبقاء هذا الطريق فى بعض الحالات الاستثنائية ، والتى أجاز فيها القانون هذا النوع من الطعن ، كما هو الحال فى مسائل الأحوال الشخصية. وقد أبقى المشرع هذه المواد بعد صدور قانون المرافعات الحالى للعمل بها

الذى أدخل على صياغة المادة ٢٨٧ مرافعات ، وعلى أساسه يكفى أن يكون الحكم انتهائيا لكى يتم تزويده بالقوة التنفيذية ، وهى صفة يكتسبها الحكم داخل الإجراءات تجعله غير قابل للطعن بالاستئناف ولا ترقى به إلى درجة الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى ، كما كان عليه الحال فى القانون السابق فقد جاءت صياغة هذه المادة كالتالى" لا يجوز تنفيذ الأحكام جبرا ما دام الطعن فيها بالاستئناف جـائزا . . . . "[٣٠].

١٠٦ = وقد ترتب على هذه الصياغة أن أثير التساؤل حول مدى التغيير الذى لحق قاعدة تزويد الحكم بالقوة التنفيذية العادية ، ذلك لأن ظاهر النص يوحى بأن تحصن الحكم ضد الطعن فيه بالاستئناف يؤدى إلى تزويده بالقوة التنفيذية ، حتى لو كان قابلا للطعن بالمعارضة. وقد استقر الرأى على أنه فى المسائل المدنية والتجارية التى ألغيت فيها المعارضة ، يكفى أن يكون الحكم انتهائيا وهى الصفة التى تمنع الطعن فيه بالاستئناف لكى يتم تزويده بالقوة التنفيذية ، بعد أن أصبحت كل من الصفة الانتهائية وقوة الأمر المقضى تعبران عن معنى واحد ، فالحكم الذى لا يقبل الطعن بالاستئناف ، هو حكم انتهائى وحائز لقوة الأمر المقضى فى نفس الوقت ، ويكون قد وصل إلى الحصانة الإجرائية المطلوبة التى تؤهله لخلع القوة التنفيذية عليه.

وقد ظلت التفرقة ما بين الحكم الانتهائى والحكم الحائز لقوة الأمر

فى الحالات التى ينص فيها القانون. وقد تخلص القانون المصرى من المعارضة نهائيا وذلك بإلغاء المعارضة فى مسائل الأحوال الشخصية بصدور القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.أنظر : أحمد أبو الوفا: التعليق على النصوص - ط ٥ ص ١٥٥٥ وما يليها.

(٣٠) ومن أوجه النقد التى تعرض لها هذا النص إسقاطه لفظ" المعارضة " رغم أن هذا الطريق العادى للطعن فى الأحكام ، لم يلغ فى التشريع القائم بصفة قاطعة ، وقد كان الأحرى بالمشرع أن يعتمد الصيغة القديمة التى وردت فى المادة ٤٦٥ مرافعات من القانون السابق ، التى كانت تضع قاعدة عدم جواز التنفيذ ، طالما بقى طريق المعارضة متاحا ضد الحكم ، وقد فقد هذا الانتقاد أهميته بعد أن ألغيت المعارضة بصفة نهائية بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠. أنظر: أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام ص ١٧ حاشية رقم ١.

المقضى قائمة فى مسائل الأحوال الشخصية لوجود المعارضة فيها ، فقد كان لا يكفى أن يكون الحكم انتهائيا لكى يحوز القوة التنفيذية ، وإنما يجب أن يكون حائزا لقوة الأمر المقضى بامتناعه عن الطعن بالمعارضة والاستئناف ، لأن هذه الأوصاف احتفظت بقوتها فى هذا المجال ، فالحكم الانتهائى هو حكم غير قابل للطعن بالاستئناف لكنه يقبل الطعن بالمعارضة ، ولهذا فإنه لا يحوز القوة التنفيذية ما لم يتحصن ضد هذا الطريق ، والحكم الحائز لقوة الأمر المقضى هو حكم لا يقبل الطعن بالمعارضة والاستئناف ، وهذه الدرجة من الحصانة تكفى لخلع القوة التنفيذية عليه [31]. وظل الحال هكذا حتى صدور القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ، والذى ألغى بدوره المعارضة فى مسائل الأحوال الشخصية ، وأصبح الحكم الانتهائى والحائز لقوة الأمر المقضى ، يعبران عن نفس المعنى فى هذا المجال كذلك.

١٠٧ = وقد استبعد المشرع فكرة التدرج الإجرائى من تطبيق القاعدة الوقتية فى قوة الأحكام التنفيذية ، فقد أجازت هذه القاعدة تزويد الحكم الابتدائى بالقوة التنفيذية وهو حكم لم تلحقه أية حصانة ، لأنه قابل للطعن بطرق الطعن العادية ، ويمكن أن يلغى أو يعدل من قضاء الطعن وذلك من أجل مواجهة الظروف التى لا تحتمل الانتظار وتحتاج إلى تنفيذ سريع. لكن القوة التنفيذية الوقتية لا تلحق الحكم لمجرد كونه حكماً

---

(٣١) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٢١ ص ٤٣ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٢٣ ص ٤١ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٨ ص ١٦. وقد اتجه جانب من الفقه وبعض أحكام القضاء نحو كفاية الصفة الانتهائية لكى يحوز الحكم القوة التنفيذية. أنظر عبد الباسط جميعى: المبادئ العامة فى التنفيذ ص ٧٤ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٧٥ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٤٤ ؛ عزمى عبد الفتاح: قواعد التنفيذ ١٩٩١ ص ١٣٤ ؛ وفى القضاء نقض ١٩٨٦/١/٢٢ طعن رقم ١١٧٤ لسنة ٥٢ ق.؛ نقض ١٩٨٦/١٢/٣١ طعن رقم ٢٩٦ لسنة ٥١ ق.؛ نقض ١٩٨٧/٥/٧ طعن رقم ٦٨٨ سنة ٥٥ ق.؛ نقض ١٩٧٩/١٢/١٨ السنة ٣ ح ٣ ص ٣١٥ ؛ مجلة القضاة س ٢١ عدد ١ ١٩٨٨ ص ٣٠٤.

ابتدائيا ، فلا تكفى هذه الصفة وحدها ، ولكن بتوافر الشروط التى تتطلبها القاعدة العادية فى الحكم عدا ما يتطلبه القانون فى الحكم من حصانة إجرائية. والتنفيذ المعجل للأحكام قد يكون بحكم القانون فى عدد محدد من الحالات ، وهو ما يعرف بالقوة التنفيذية المعجلة بقوة القانون ، وإما أن يكون بحكم المحكمة ، متى قدرت أن تأخير التنفيذ يمكن أن يضر بمصلحة المحكوم له ، وهو ما يعرف بالقوة التنفيذية المعجلة الجوازية أو القضائية.

الخلاصـــــــة

ما يمكن استخلاصه من هذا الجزء الدراسة ، أن تطبيق التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية فى قانون المرافعات ، يقتضى توافر المفترضات التالية :

أولا : صدور الحكم عن تشكيلات القضاء المدنى أيا كانت المحكمة التى أصدرته ، على أن يكون الحكم صادرا فى حدود الولاية العامة لقضاء الدولة ، فما يصدر بالمخالفة لهذه الولاية ، لا يعد حكما ولا يخضع بالتالى لأحكام هذا التنظيم. وأن يصدر الحكم فى حدود ولاية جهة القضاء المدنى لأن ما يصدر من هذه الجهة متجاوزا حدود ولايتها وإن حاز حجية الأمر المقضى وخضع بالتالى لأحكام هذا التنظيم ، فإن وجوده يكون مهددا بصدور حكم من الجهة صاحبة الولاية.

يضاف إلى ذلك ، ألا يكون الحكم معيبا بعيب جسيم يؤثر فى وجوده ويمنعه من ترتيب آثاره ومنها قوته التنفيذية ، أما إذا كان من العيوب التى لا تؤثر فى وجوده وإنما تؤدى إلى بطلانه ، فإن هذه العيوب لا تمنع الحكم من ترتيب آثاره ، ولكنه يكون قابلا للطعن لإصلاح هذه العيوب ، فإذا لم يتم الطعن فيه بطرق الطعن المقررة ، فإنه ينقلب إلى حكم صحيح .

ثانيا: أن يكون الحكم من أحكام الإلزام ، فهذا النوع من الأحكام يحتاج إلى حماية قضائية تكميلية ذلك لأنه فوق ما يرد فيه من تقرير لوجود الحق ، فإنه يتضمن إلزام المدين بأداء قابل للتنفيذ الجبرى ، سواء أكان الحكم صادرا بحماية موضوعية وهى الحماية التى تواجه مخالفة فى شكل اعتداء تحقق بالفعل وتهدف إلى ازالته ، أو بحماية وقتية وهى الحماية التى تتجه إلى منع

الضـرر قبل وقوعه ، إلا أن صـدور قرار وقتى بالإلـزام قد يكون ضروريا فى بعض الأحيان ، لتحقيق هدف هذا النوع من الحماية ، وذلك فـى الحـالات التى لا يتيسر فيها منع الضرر قبل وقوعه دون صـدور قضاء بالإلزام ، أو فى حالة تحقق الضرر بالفعل ولا يكون متيسرا منع تفاقمه ووضع حد لـه ، إلا عن طريق صدور قضاء بالإلـزام الوقـتى. وتخضـع هـذه الأحكـام للتنظيم الإجـرائى لقـوة الأحكـام أيا كانـت الصيغة الـتى صـدر فـيها الحكم ، سواء أكانـت صريحة أو ضمنية ، وسواء ورد الإلزام فى المنطوق أو الأسباب.

ثالثا: أن يتحقق للحكم الحصـانة الإجرائية الـتى تمـنع المسـاس بـه بطرق الطعن العادية ، ويتحقق للحكم هذه الحصانة متى كان الحكم انتهائيا أو حائزا لقوة الأمر المقضى ، فلم يعد هناك فرق بينهما من الناحية القانونـية بعد إلغاء المعارضـة بصفة نهائية ، ذلك لأن خلع القـوة التنفيذية علـى الحكم وهو ما زال فى مرحلة مبكرة من عمره يهـدد اسـتقرار الحقـوق والمراكـز القانونـية ، ويـؤدى تنفـيذه إلـى مشـاكل قد لا يكون من المتيسر التغلب عليها فيما بعد ، إذا ما ألغى الحكم بعـد تنفيذه. وقـد اسـتبعد المشـرع هذه الحصـانة فـى القـاعدة الوقـتية ، بالسـماح بـتزويد الحكـم الابـتدائى بـالقوة التنفـيذية ، رغـم قابليته للطعن بطـرق الطعن بالاسـتئناف ، لكن هـذه القـوة لا تكون للحكم إلا بنص القانون فـى عـدد محـدد من الحـالات ، أو بحكم من المحكمــة إذا قـدرت أن تأخـير التنفـيذ يمكـن أن يضـر بمصـلحة المحكوم له ، وهى مسألة تخضع لسلطة القاضى التقديرية.



الفصل الثانى

القاعدة العاديــــــة

مضمون وأساس القاعــدة

١٠٨ = تبنى القانون المصرى قاعدة مزدوجة المضمون بصدد تزويد الحكم بالقوة التنفيذية العادية ، فهذه القاعدة تعبر فى جانب منها عن الحد الأدنى من الحصانة الواجب توافرها فى الحكم لكى يتم تزويده بالقوة التنفيذية[١]، وهو ما عبرت عنه المادة ٢٨٧ مرافعات بامتناعه عن الطعن بالاستئناف بحيث يحوز الصفة الإجرائية التى تؤهله لخلع القوة التنفيذية عليه وهى قوة الأمر المقضى. وتعبر فى جانب آخر عن أقصى ما يمكن أن يتوافر فى الحكم من حصانة بامتناعه عن الطعن بطرق الطعن غير العاديـة ، بحيث يحوز الصفة الإجرائية التى تجعله بمنأى عن الطعن بأى طريق وهى الصفة الباتة ، والتى تصل بالحكم إلى أقصى درجات قوته.

١٠٩ = وبناء على ذلك ، فإن الأحكام التى تكون مؤهلة لاكتساب القوة التنفيذية ، يجب أن تكون من حيث المبدأ صادرة عن محاكم الاستئناف ، فالأحكام الصادرة عن هذه المحاكم هى التى تتوافر لها الحصانة الإجرائية التى تحقق لها الاستقرار النسبى ضد طرق الطعن العاديــة أى الاستئناف ، ولا يكون لقابلية هذه الأحكام للطعن بطرق الطعن غير العادية من أثر على اكتسابها لهذه القوة ، كذلك فإن الأحكام الصادرة عن محكمة النقض تكون مؤهلة من باب أولى لاكتساب هذه

---

(١) أنظر فى فكرة الحصانة الإجرائية ، ما يجب أن توافره فى الحكم من حصانة ضد الطعن بالاستئناف ، لكى يخلع عليه القانون القوة التنفيذية العادية للمؤلف: مبادئ التنفيذ ص ١٩٧ما تقدم رقم ٩٤ وما يليه.

القوة ، لأنها تحوز أقصى ما يمكن أن يكون للحكم من حصانة ، بامتناعه عن الطعن بأى طريق. أما الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة فإنها لا تكون مؤهلة لاكتساب القوة التنفيذية العادية ، لأنها أضعف الأحكام جميعا ولا تتمتع بحصانة تذكر ، نظرا لقابليتها للإلغاء أو التعديل من محكمة الطعن ، ولهذا فإن القانون لا يعترف لها بالقوة التنفيذية العادية إلا على سبيل الاستثناء[٢].

١١٠ = وتجد هذه القاعدة سندها الفنى فى فكرة التدرج الإجرائى لحصانة الأحكـــام والتى وضعت أساسها المادة ٢٨٧ مرافعات ، حيث تتوقف حصانة الحكم على درجة التقاضى الصادر عنها ، فكلما ارتقى الحكم صعودا فى درجات التقاضى كلما زادت حصانته ، حتى يصل إلى الدرجة التى يمتنع فيها المساس به ويحوز حصانة مطلقة متى تلاشت إمكانية الطعن فيه ، وذلك بهدف ضمان الاستقرار للأحكام على نحو يجعل من تزويدها بالقوة التنفيذية له ما يبرره ، فلا يخاطر بالاستقرار الواجب للحقوق والمراكز القانونية المختلفة ، أو بإثارة مشكلات قد لا يكون من المتيسر التغلب عليها ، إذا ألغى الحكم بعد تنفيذه من محكمة الطعن.

١١١ = ويعتمد الأساس الذى وضعته المادة ٢٨٧ مرافعات بدوره على مبدأ التقاضى على درجتين ، كأصل من أصول التنظيم القضائى فى القانون المصرى[٣]، وهو المبدأ الذى يسمح للخصم بعرض دعواه

---

(٢) ذلك أن الأصل فى القانون المصرى هو نظر الدعوى أمام محكمتين بالتتابع إحداهما أعلى من الأخرى فى سلم التقاضى طبقا لمبدأ التقاضى على درجتين ، وهو ما يسمح للمحكوم عليه بالطعن فى الحكم الصادر عن محاكم أول درجة أمام محاكم ثانى درجة ، وأى قيد يرد على سلطة الخصوم فى الطعن هو استثناء من هذا الأصل. انظر: أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات رقم ١٨٠ ص ٣٠٤.

(٣) أنظر فى عرض هذا المبدأ: محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد المرافعات ج١ رقم ٧١ ص ٩٨؛ أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٣٧ ص ٥٢؛ أحمد مسلم: أصول رقم ٦٦ ص ٦١؛

أمام محكمتين بالتتابع ، إحداهما أعلى من الأخرى فى سلم التقاضى ، وبناء عليه ، فإنه يجرى تقسيم المحاكم ، إلى محاكم أول درجة ومحاكم ثانى درجة ، ويكون عرض النزاع على المحاكم الأعلى بإجازة الطعن فى الأحكام ، وهو ما يسمح للخصوم بالطعن فى الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة أمام محاكم ثانى درجة ، وأى قيد يرد على سلطتهم فى الطعن يعد استثناء من هذا المبدأ ، فهو من المبادئ التى تتعلق بأصل من أصول التنظيم القضائى ، وبناء عليه فإن الأصل فى الأحكام صدورها من محاكم أول درجة قابلة للطعن أما ما يصدر من هذه المحاكم دون أن يكون قابلا للطعن ، فإنه يكون على خلاف هذا الأصل(٤).

١١٢ = وهكذا فإن قوة الحكم التنفيذية طبقا للقاعدة العادية تتحدد بناء على موقف المحكمة التى أصدرته من درجات التقاضى ، فالمحاكم الأعلى فى سلم التقاضى والتى تشغلها محاكم الطعن كمحاكم الاستئناف ومحكمة النقض ، فإن ما تصدره من أحكام ، يكون مؤهلا لكسب هذه القوة كأصل عام ، لأنها إما أن تكون قد حازت على الحد الأدنى من الحصانة بامتناعها عن الطعن بطرق الطعن العادية لصدورها عن محاكم الاستئناف ، وإما أن تكون قد حازت أقصى حصانة ممكنة بامتناعها عن الطعن بأى طريق ، لصدورها عن محكمة النقض ، أما المحاكم الأدنى فى سلم التقاضى والتى تشغلها محاكم أول درجة ، فإن ما تصدره من أحكام ، لا يكون مؤهلا من حيث المبدأ لكسب القوة التنفيذية

فتحى والى: الوسيط رقم ١٣١؛ أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ٢٧ ص ٦١؛ محمود هاشم: قانون القضاء ص ٢٠٩؛ أحمد ماهر زغلول: الموجز رقم ١٧٩ ص ٣٠٢. وفى الفقه الفرنسى سوليس وبيرو: قانون القضاء ج١ رقم ٥٤٢. تعرف النظم الأنجلو سكسونية ثلاث درجات للتقاضى ، لأن الطعن أمام المحكمة العليا ، لا يقتصر على مسائل القانون وحدها ، وإنما يشمل وقائع النزاع كذلك. أنظر:

A. KHOL. Procès civil et sincérité. Liége 1971. p 137.

(٤) انظر: احمد ماهر زغلول: المرجع السابق رقم ١٨٠ ص ٣٠٤، آثار إلغاء الأحكام رقم ٢٩ ص ٤٠.

العادية ، لكنها قد تكتسب هذه القوة استثناء بصدورها غير قابلة للطعن بطرق الطعن العادية. يبقى تحديد الأحكام الصادرة عن محاكم الطعن ويكون لها كأصل عام القوة التنفيذية العادية ، وتلك الصادرة عن محاكم أول درجة ويكون لها هذه القوة استثناء.

أحـكام محاكـم الطعـــن

قضاء الطعن هو الأصـــل

١١٣ = ترتبط القوة التنفيذية العادية فى القانون المصرى ، من حيث المبدأ بقضاء الطعن ، فهو القضاء المخول قانونا إصدار الأحكام التى تخضع لأحكام هذه القوة ، استنادا إلى الحصانة الإجرائية التى تكتسبها الأحكام الصادرة عنه ، سواء أكانت هذه الحصانة فى حدها الأدنى ، باكتساب الحكم لقوة الأمر المقضى ، أو فى حدها الأعلى باكتسابه الصفة الباتة. وما لم تتحقق فى الحكم الدرجة المطلوبة من الحصانة ، فإنه لا يكون مؤهلا لاكتساب القوة التنفيذية ، وهو ما صرحت به المادة ٢٨٧ مرافعات بقولها'' لا يجوز تنفيذ الأحكام جبرا مادام الطعن فيها بالاستئناف جائزا . . .''.

١١٤ = ومحاكم الطعن التى أسند إليها التنظيم الإجرائى مهمة إصدار هذه الأحكام ، هى محاكم الاستئناف ومحكمة النقض ، فالنوع الأول منها يتلقى الطعون المرفوعة عن أحكام محاكم أول درجة وهى أحكام لا تتمتع بحصانة تذكر ، والنوع الثانى منها يتلقى الطعون المرفوعة عن الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف ، وهى أحكام تتمتع بحصانة نسبية ومزودة بالقوة التنفيذية ، ويكون على محكمة الطعن أن تفصل فيما يرفع إليها من طعون ، بإصدار أحكام فاصلة فى قبول الطعن وفى إجراءات رفعه ، أو إصدار أحكام فاصلة فى موضوع

الطعن إما بالإلغاء أو التأييد أو التعديل ، فما هو الأثر المترتب على صدور هذا القضاء ، في الأحكام التي رفع عنها الطعن ، وهل يترتب على صدورها قيام تنازع في قوة الأحكام ، بين قضاء الطعن والقضاء المطعون فيه ، تختلف الإجابة بحسب ما إذا كان الحكم صادرا عن قضاء الاستئناف أو عن قضاء النقض والالتماس.

أحكام محاكم الاستئنـــاف

١١٥ = الأحكام الصادرة عن هذه المحاكم فيما يرفع إليها من طعون ، هي أحكام انتهائية وحائزة لقوة الأمر المقضي في ذات الوقت بعد إلغاء المعارضة نهائيا(٥)، لا فرق في ذلك بين حكم صادر في المسائل المدنية والتجارية أو في مسائل الأحوال الشخصية ، وهذه الصفة تكفي لكي يخلع القانون عليها القوة التنفيذية العاديـة ، لكن هذه الأحكام تختلف قوتها التنفيذية بحسب موضوعها ، وهو ما يوجب التفرقة بين الأحكام الصادرة في الموضوع والأحكام الصادرة في الإجراءات.

أولا:الأحكام الصادرة في الإجراءات: قد يكون القضاء الصادر عن محاكم الاستئناف متعلقا بصحة الإجراءات في خصومة أول درجة أو باختصاص هذه المحاكم بالدعاوى التي أصدرت حكما فيها ، أو بمدى توافر شروط قبول الاستئناف.

---

(٥) فيما يتعلق بالقوة التنفيذية العادية للأحكام لم تعد التفرقة قائمة بين الأحكام الصادرة في المسائل المدنية والتجارية والتي كان يكفي فيها أن يكون الحكم انتهائيا لكي يحوز الحكم القوة التنفيذية ، لأن الانتهائية وقوة الأمر المقضي لهما نفس المعنى بعد أن ألغيت المعارضة في هذه المسائل منذ وقت طويل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وبين الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية والتي كان الحكم يحتاج فيها إلى قوة الأمر المقضي لكي يحوز القوة التنفيذية العادية، فقد كانت المعارضة ما زالت قائمة فيها ، أما بعد أن الغيت المعارضة بالقانون ١ لسنة ٢٠٠٠ فإن الحكم الانتهائي في هذه المسائل هو حكم حائز على قوة الأمر المقضي في ذات الوقت ، وهكذا زالت التفرقة التي كانت قائمة بين المسائل المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية.

الأحكـام الصـادرة بعـدم قـبول الطعـن: فمـا يصـدر عـن قضـاء الاسـتئناف مـن أحكـام بعـدم قـبول الطعـن المـرفوع عـن الحكـم الابـتدائى ، سـواء لـرفع الطعـن بعد الميعاد(م١١٥ مرافعات)، أو لـتخلف المصـلحة مـن رفـع الطعـن ، كـأن يكـون مـنطوق الحكـم المطعون فيه لا يضـر بـه ولو كان فى أسبابه ما يمكن أن يعتبر فى غير مصلحته ، أو فى الحالات التى يرفع فيها الاستئناف على غير ذى صفة ، كأن يرفع الطعن على من لم يكن مختصما فى خصومة أول درجة. فإن هذه الأحكام لا يكون لها أية قوة تنفيذية ، وكل ما يكون لها من أثر أنها تزود الحكم الصادر من محاكم أول درجة بـالقوة التى كانت تنقصـه ، حيث يكون له قوة الأمر المقضى بعد الحكـم بعـدم قـبول الطعـن ، وهـى الصـفة الكفـيلة بـتزويده بـالقوة التنفيذية ويكـون هو السند التنفيـذى ، ويجرى استكماله باستخراج صورة من حكم محكمة الاستئناف الصادر بعدم القبول[٦].

الأحكـام الصـادرة بانقضـاء خصـومة الاسـتئناف: مـا يصـدر من محـاكم الاسـتئناف مـن أحكـام تضـع حـدا للخصـومة مـن ناحـية إجراءاتها ، فـإن هذه الأحكـام لا يكون لهـا أية قوة تنفيذية ، ويكون الحكم الابتدائى المطعون فيه علـى أثـر هذه الأحكـام حكمـا حـائزا لقوة الأمـر المقضـى ، وبالـتالى يكون هو السند الذى يجرى التنفيذ علـى أساسـه. ويكـون الأمـر كذلـك مـتى قضـت المحكمـة بسـقوط الخصـومة فى الاستئناف أو بانقضـاء الخصـومة أو اعتبارها كأن لم تكن ، تطبيقا لحكم المادة ١٣٨ مرافعات التى تقضى باعتبار الحكم المسـتأنف انتهائيا فـى جميع الأحـوال متى حكم بسقوط الخصـومة فـى الاستئناف ، وهذا الحكـم لا يسرى على الحكم بالسقوط وحده ،

(٦) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ٧٧ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٢٢ ص ٤١ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٥٠ ص ١٠٧ ؛ أحمد ماهر زغلول : آثار رقم ٢٦ ص ٣٦.

وإنما يمتد كذلك إلى الحكم الصادر بانقضاء الخصومة أو اعتبارها كأن لم تكن لوحده الغاية فى هذه الحالات. أما الأحكام الصادرة ببطلان الصحيفة فى الاستئناف ، فإنها تحقق الأثر ذاته شرط أن يكون ميعاد الاستئناف قد انقضى(٧).

ثانيا: القضاء الصادر بالإلغاء: متى تطرقت محكمة الاستئناف إلى موضوع الطعن وانتهت إلى قضاء بإلغاء الحكم الصادر من قضاء أول درجة ، فإن قضاء الاستئناف يكون له قوة الأمر المقضى بمجرد صدوره ، ويكون صالحا لخلع القوة التنفيذية عليه ، لتحصن الحكم ضد الطعن بالاستئناف ، وباعتبار أن هذا القضاء هو الأصل فى تزويد الأحكام بالقوة التنفيذية طبقا للقاعدة العادية.

١١٦= فإذا كان الإلغاء قد انصب على حكم من أحكام محاكم أول درجة ، وكان هذا الحكم مشمولا بالتنفيذ المعجل وتم تنفيذه بالفعل ، فإن قضاء الاستئناف الصادر بالإلغاء يكون هو السند التنفيذى لإعادة الحال إلى ما كان عليه دون حاجة إلى حكم جديد ، على أن يكون مستوفيا للشروط الواجب توافرها فى السند التنفيذى(٨).

١١٧ = وإذا اكتفى قضاء الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائى المرفوع عنه الطعن ، فقد انقسم الرأى بصدد الحكم الذى تكون له القوة

(٧) أنظر: محمود هاشم: الإشارة السابقة. مع ملاحظة أنه فى هذه الفروض فإنه يفترض عدم جواز رفع الاستئناف من جديد.

(٨) أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ فتحى والى : الإشارة السابقة ؛ وأنظر ما تقدم رقم ٨٢. حيث أن قضاء محكمة الطعن بإلغاء الحكم الذى تم تنفيذه ، قد يتضمن قضاء صريحا بالإلزام بالرد وإعادة الحال إلى ما كان عليه ، ذلك أن حكم الإلغاء يتضمن حكما تقريريا بالإلغاء وحكما ملزما بالرد ، ويكون صالحا لاكتساب القوة التنفيذية ، متى توافرت له بقية الشروط ، لكنه قد لا يتضمن قضاء صريحا بالإلزام بالرد ، وفى هذه الحالة فإنه يتضمن قضاء ضمنيا بالرد لأن إلغاء حكم الإلزام من محكمة الطعن يتضمن دائما قضاء ضمنيا بالإلزام بالرد ، وتثبت لهذا القرار القوة التنفيذية شأنه شأن قرار الإلزام الصريح بالرد. وأنظر فى صلاحية قرار الإلزام الضمنى بالرد ، لكى يكون سندا تنفيذيا ، يتيح مباشرة إجراءات التنفيذ الجبرى ، لاقتضاء الحقوق واجبة الرد. أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق رقم ٢١٦ وما يليه.

التنفيذية. فاتجه جانب من الفقه إلى القول ، بأن القوة التنفيذية تكون لحكم محكمة أول درجة ويكون هو السند التنفيذى ، لأنه يتضمن التأكيد الكامل للحق وأن قضاء الاستئناف لم يفعل سوى تأييده(٩). وهذا الاتجاه يتناقض مع القاعدة التى اعتمدها القانون المصرى ، والتى تجعل من قضاء الطعن هو الأساس فى حصول الأحكام على القوة التنفيذية العادية بعد أن تحوز الحصانة الإجرائية ، التى تؤهلها لاكتساب هذه القوة ، أما قضاء محاكم أول درجة فإنه لا يصلح لأداء هذا الدور ، إلا بصفة استثنائية وذلك بصدور الحكم حائزا للحصانة المطلوبة التى تحصنه ضد الطعن بالاستئناف(١٠) .

بينما يرى رأى آخر أن قضاء الاستئناف هو الأساس فى إسناد القوة التنفيذية للحكم ، لأن القضاء الصادر عنه يتضمن التأكيد النهائى للأداء واجب الاقتضاء من المحكوم عليه ، وأن القانون يعول على التأكيد الصادر عنه فى تزويد الحكم بالقوة التنفيذية ، لكن فى الحالات التى يحيل فيها قضاء الاستئناف فى حكمه إلى منطوق حكم محكمة أول درجة ، فإن القوة التنفيذية تكون للحكمين معا ومنهما يتكون السند التنفيذى . وإذا اكتفى قضاء الاستئناف بتأييد حكم محكمة أول درجة فى جزء منه فقط ، فإن هذا الحكم يحوز القوة التنفيذية بالنسبة للجزء الآخر الذى لم يكن محلا للطعن بالاستئناف(١١) ، بينما يحوز قضاء الاستئناف

---

(٩) أنظر فى هذا الرأى والذى يسير عليه العمل فى مصر على ان يتم التأشير على الحكم بما يفيد تأييده من قضاء ثانى درجة. محمد كمال عبد العزيز: تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه ١٩٧٨ ص ٥٥٢.

(١٠) أنظر مضمون وأساس القاعدة العادية فى قوة الأحكام التنفيذية ، والتى تعتمد فى إسناد القوة التنفيذية للحكم ، على الحصانة الإجرائية التى تحصن الحكم ضد طرق الطعن العادية على الأقل ، وسندها فى ذلك المادة ٢٨٧ مرافعات ، والتى تعتمد بدورها على مبدأ التقاضى على درجتين ، ما تقدم رقم ١٠٨ وما يليه.

(١١) أنظر فى هذا الاتجاه: فتحى والى: التنفيذ رقم ٢٣ ص ٤١ ؛ وجدى راغب : التنفيذ ص ٧٧ ؛ محمود هاشم : قواعد رقم ٥٠ ص ١٠٧ ؛ وقريب من هذا الرأى. أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٢٩ ص ٤٠. حيث يقيم تفرقة أساسية تعتمد على القضاء الصادر منه الحكم

القوة التنفيذية بالنسبة للجزء الذى تم تأييده.

وإذا كان الإلغاء قد أنصب على الحكم الصادر من قضاء أول درجة بعدم الاختصاص والإحالة ، فكل ما يكون للحكم الصادر بالإلغاء أنه يعيد الخصومة إلى المحكمة التى قضت بعدم اختصاصها ، ولا يكون له ما لأحكام الإلغاء من قوة تنفيذية.

قضاء النقض والالتماس

١١٨ = ما يصدر عن محكمة النقض من أحكام فيما يرفع إليها من طعون عن الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف ، فإن هذه الأحكام تحوز أقصى ما يمكن أن يكون للحكم من حصانة لأنها تكتسب الصفة الباتة ، التى تحصنها ضد الطعن بأى طريق ، وهو ما يؤهلها لاكتساب القوة التنفيذية وتكون صالحة للتنفيذ الجبرى. ومع ذلك فإن القضاء الصادر عن هذه المحكمة برفض الطعن أو عدم قبوله ، فإن هذا القضاء لا يكون له أية قوة تنفيذية ، وتكون هذه القوة للحكم المطعون فيه ، ويكون هو السند التنفيذى الذى يجرى التنفيذ على أساسه ، وكل ما يكون

فما يصدر عن قضاء الدرجة الثانية ، يكون هو المعول عليه فى تزويد الحكم بالقوة التنفيذية من حيث المبدأ ، استنادا إلى مبدأ التقاضى على درجتين كأصل من أصول التنظيم فى القانون المصرى ، وما يرتبه هذا القضاء من حصانة للحكم تمنع المساس به بطرق الطعن العادية طبقا للمادة ٢٨٧ مرافعات ، وبناء عليه فإن أحكام التأييد الصادرة عن محاكم الاستئناف يكون لها بحسب الأصل القوة التنفيذية ، وتكون بالتالى سند التنفيذ لكن ضبط إعمال هذه القاعدة يقتضى ، الاعتراف لحكم محكمة أول درجة بدور فى هذا الإطار ، متى تم تأييد هذا الحكم لأسبابه ، فإنه يعد سندا مكملا للحكم الصادر من محكمة الاستئناف ، أما إذا انصب تأييد قضاء الاستئناف على احد وجوه حكم محكمة أول درجة دون الوجه الآخر ، فإن السند التنفيذى يتكون من عمل مركب ، حكم أول درجة بالنسبة للشق الذى لم يستأنف ، وحكم محكمة الاستئناف فى الشق الذى تم استئنافه. من جهة أخرى ، يكون حكم محكمة أول درجة هو السند التنفيذى بالنسبة للأحكام التى تنفذ تنفيذا معجلا إذا كان قد تم تنفيذها ، ثم صدر قضاء الاستئناف بتأييدها ، لأن دور حكم الاستئناف يقتصر فى هذه الحالة ، على إضفاء قوة لم تكن لحكم محكمة أول درجة ، وهذا يمثل استثناء من القاعدة ، وهذا الرأى يتفق مع أحكام القوة التنفيذية فى القانون المصرى ، التى تجعل من قضاء الاستئناف هو الأساس فى إصدار الأحكام التى يكون لها القوة التنفيذية لأنها تحوز الحد الأدنى من الحصانة المطلوبة.

للحكم الصادر بالرفض أو عدم القبول من اثر أنه يخلع على الحكم المطعون فيه قوة جديدة لم تكن له من قبل.

أما ما يصدر عن قضاء النقض من أحكام بنقض الحكم المطعون فيه ، فإن هذا الحكم يكتسب القوة التنفيذية ويكون هو السند التنفيذى لإعادة الحال إلى ما كان عليه ، إذا كان الحكم المطعون فيه قد تم تنفيذه قبل ذلك[١٢]، وإذا صدر قضاء النقض بقبول الطعن والفصل فى موضوعه(م ٢٦٩ مرافعات)، فإن هذا القضاء تكون له القوة التنفيذية لأنه من الأحكام الباتة التى تتحصن ضد الطعن فيها بأى طريق.

١١٩ = القضاء الصادر عن محكمة الالتماس برفض الطعن أو عدم قبوله فإن هذا القضاء لا يكون له أية قوة تنفيذية ، وتظل هذه القوة للحكم المطعون فيه باعتباره من الأحكام الانتهائية ، طالما أن قضاء الالتماس صدر بالرفض أو عدم القبول. إما ما يصدر من قضاء الالتماس بقبول الطعن وإلغاء الحكم المطعون فيه فإن هذا القضاء تكون له القوة التنفيذية ، ويكون هو السند التنفيذى لإعادة الحال إلى ما كان عليه ، إذا كان الحكم المطعون فيه قد تم تنفيذه قبل ذلك ، وإذا قضت محكمة الالتماس فى موضوع الطعن ، فإن هذا القضاء تكون له القوة

---

(١٢) اعتمدت المادة ١/٢٧١ من قانون المرافعات حكما خاصا ، بشأن قضاء النقض الصادر بنقض الحكم المطعون فيه أمامها ، بتقريرها" يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام أيا كانت الجهة التى أصدرتها والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساسا لها". مما يدل على أن نقض الحكم المطعون فيه يترتب عليه زواله واعتباره كأن لم يكن ، وعودة الخصوم إلى المراكز السابقة على صدوره ، وإلغاء ما تم من تنفيذ استنادا إليه ، وهو ما يدل على أن قضاء النقض بنقض الحكم الذى سبق تنفيذه يتضمن قضاء ضمنيا بالإلزام بالرد. ولن هذه الأحكام تكون سندا تنفيذيا صالحا لإعادة الحال إلى ما كان عليه ، قبل صدور الحكم المنقوض وتنفيذه ، وللاقتضاء الجبرى للحقوق واجبة الرد دون حاجة لاستصدار حكم جديد ، وتثبت هذه الصفة للحكم حتى لو لم يدل بذاته ، على قدر ومضمون الأداء الواجب الرد ، وهو ما يمثل استثناء من قاعدة وجوب أن يدل السند بذاته على توافر شروط الاقتضاء الجبرى للحق ، ويمكن فى هذه الحالة الاستعانة بأوراق تنفيذ الحكم المنقوض ، لإكمال ما يشوبه من نقص حتى لو لم يرد فى حكم النقض إشارة إليه. أنظر فى تفاصيل ذلك. أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٢٢٠ وما يليه.

التنفيذية ، لأن ما يصدر عن هذا القضاء من أحكام ، يكون غير قابل الطعن بالاستئناف باعتباره حكما انتهائيا.

قضاء أول درجـــــــــة

القوة التنفيذية الاستثنائية

١٢٠ = تشغل محاكم أول درجة أدنى طبقات المحاكم ، والأحكام الصادرة عنها لا تكون من حيث المبدأ مؤهلة لاكتساب القوة التنفيذية العادية ، فهى أضعف الأحكام جميعا ولا تتمتع بحصانة تذكر ، لأنها عرضة للإلغاء أو التعديل من محكمة الطعن ، ولهذا فإن الاعتراف للأحكام الصادرة عنها بالقوة التنفيذية العادية ، لا يكون إلا على سبيل الاستثناء[١٣]. ذلك لأن اعتماد القانون المصرى لفكرة التدرج الإجرائى ، كأساس لتزويد الأحكام بالقوة التنفيذية العادية ، يقتضى صدور الأحكام التى يعترف لها القانون بهذه القوة من محاكم الاستئناف ، بحيث يتحقق لها الحد الأدنى من الحصانة المطلوبة ، وهو ما عبرت عنه المادة ٢٨٧ مرافعات بامتناع الحكم عن الطعن بالاستئناف ، ويعتمد الأساس الذى وضعته هذه المادة على مبدأ التقاضى على درجتين ، وهو ما يسمح للخصم بعرض دعواه على محكمتين بالتتابع أحدهما أعلى من الأخرى فى سلم التقاضى وهو ما يسمح بالطعن فى الأحكام ، ولهذا فإن الأصل صدور الحكم من محاكم أول درجة قابلا للطعن[١٤]. ، وإذا صدر غير قابل للطعن فإنه يكون على خلاف الأصل وهذا ما تؤكده المادة ١/٢١٩ مرافعات بنصها على أنه" للخصوم فى غير الأحوال المستثناة بنص القانون أن يستأنفوا أحكام محاكم الدرجة الأولى الصادرة فى

(١٣) أنظر فى مضمون وأساس القاعدة العادية فى قوة الأحكام التنفيذية ما تقدم رقم ١٠٨ وما يليه.

(١٤) أنظر: أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ٥٢٦ ص ٧٣٤ ؛ أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

اختصاصها الابتدائى''. ولهذا فإن الاستثناء أن تكون أحكام محاكم أول درجة غير قابلة للطعن بالاستئناف ، وان تقرير هذا الاستثناء لا يكون إلا بناء على نص فى القانون.

١٢١ = وهكذا فإن قضاء محاكم أول درجة لا يكون مؤهلا من حيث المبدأ لاكتساب القوة التنفيذية العادية ، لأن هذا القضاء يصدر كقاعدة قابلا للطعن بالاستئناف ، وهو ما يحول بينه وبين اكتساب هذه القوة ، وأنه فى الحالات التى يحوز فيها الحصانة الإجرائية المطلوبة سواء منذ صدوره أو فى مرحلة لاحقه عليها ، فإن اكتسابه للقوة التنفيذية العادية يكون استثناء من هذا المبدأ ، وتتضمن هذه الحالات مجموعة من الصور المتنوعة ، بعضها يعود إلى القانون مباشرة ، بحيث يكون القانون هو المصدر المباشر للصفة التى يترتب عليها اكتساب الحكم القوة التنفيذية ، وبعضها الآخر قد لا يكون القانون هو المصدر المباشر لها ، وإنما إرادة الخصوم أنفسهم كالاتفاق على أن يكون الحكم الصادر من محاكم أول درجة انتهائيا ، أو مسلك الخصم بمخالفته للمواعيد أو متابعة سير الإجراءات.

١ ـ الأحكام الصادرة بصفة انتهائية

١٢٢ = الحصانة التى يكتسبها الحكم الصادر عن محاكم أول درجة بمجرد صدوره ، ويكون على أثرها حائزا للصفة الانتهائية غير قابل للطعن بالاستئناف وبالتالى حائزا للقوة التنفيذية العادية ، لابد أن يكون مصدرها نصوص القانون باعتبار أنها حصانة استثنائية مقررة على خلاف الأصل. وهذا ما نصت عليه المادة ٤٢ ، ٤٧ مرافعات معدله بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ ، بأن الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى لكل من المحكمة الجزئية(ألفى جنيه) والمحكمة الابتدائية(عشرة آلاف جنيه) تكون أحكام انتهائية غير قابلة للطعن

بالاستئناف ، وهو ما يؤدى إلى اكتساب الحكم للقوة التنفيذية العادية بمجرد صدوره[١٥]. كما أن القانون قد يمنع الطعن فى الحكم الصادر عن قضاء أول درجة بغض النظر عن قيمة الدعوى ، وهو ما نصت عليه المواد ٢/٤٦ ، ١/٢٩٥ ، ٤٥٦ مرافعات ، بحيث يصدر الحكم غير قابل للطعن بالاستئناف واكتسابه القوة التنفيذية متى توافرت فيه بقية الشروط[١٦].

١٢٣ = لكن المشرع أجاز الطعن فى هذه الأحكام بالاستئناف استثناء فى عدد من الحالات ، طبقا لما ورد فى المادة ٢٢١ مرافعات التى أجازت الطعن بالاستئناف فى الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة بصفة انتهائية ، فى حالة مخالفة الحكم قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام ، أو وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم ، وأجازت المادة ٢٢٢ مرافعات الطعن فى الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى ، إذا كان الحكم صادرا على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى ، وأجازت المادة ٢٩١ مرافعات التظلم أمام المحكمة الاستئنافية من وصف الحكم ، وذلك عندما يكون هذا الوصف مؤثرا فى قوة الحكم التنفيذية.

وهو ما يثير التساؤل حول أثر هذه الطعون فى القوة التنفيذية الاستثنائية التى اكتسبها الحكم محل الطعن باعتباره قضاء صادرا عن محاكم أول درجة.

---

(١٥) صدر القانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ فى ١٧ مايو ١٩٩٩ معدلا بعض قواعد قانون المرافعات منها المادة ٤٢ ، ٤٧. وانظر : أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٢١ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٢٣ ص ٤٢ ؛ عبد الباسط جميعى: مبادئ ص ٧٥ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٧٦ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٥٠ ص ١٠٧ ؛ عزمى عبد الفتاح: قواعد رقم ١٣٤ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٥٣ ص ١٠٥.

(١٦) أنظر : وجدى راغب: التنفيذ القضائى ص ٧٥ ؛ محمود هاشم: قواعد التنفيذ رقم ٥٥ ص ١٠٧ ؛ عزمى عبد الفتاح: قواعد التنفيذ ص ١٣٤ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ رقم ٥٣ ص ١٠٥.

الحالـة الأولـى: مخالفـة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العـام (م ٢٢١ مرافعات)[*].

١٢٤ = ويقصـد بهـا قواعـد الاختصـاص الـنوعى سـواء تعلقـت بالموضـوع أو القيمة ، ولهذا فإنـه إذا تدخـل المشرع بقواعد لتقدير قـيمة الدعـوى ، فإنـه لا يعـتد بـتقدير المدعـى لهـا ، ويجـب علـى المحكمـة من تلقـاء ذاتهـا ، مـراعاة أن يكـون الـتقدير طـبقا لقـواعد القانـون ، حتى لو لم يعترض المدعى عليه ، لأن هذه القـواعد تتعلق بالنظام العـام[١٧]. ولهذا فإن تقدير قيمة الدعوى على خلاف قـواعد الـتقدير يعيـب الحكم بعيب مخالفة القانون[١٨] ، ويفتح الطريق أمام استئناف الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام.

١٢٥ = وقد أجيز فـى الفقـه[١٩] والقضـاء[٢٠] استئنـاف الحكم لهذا

(*) أضيفت هذه الحالة بالتعديل الذى أدخله المشرع على المادة ٢٢١ مرافعات ، بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، وأجاز بمقتضاه الطعن بالاستئناف فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم أول درجة بالمخالفة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام. وقد كانت الأحكام الصادرة من محكمة النقض قبل هذا التعديل ، لا تجيز هذا النوع من الطعن عند مخالفة هذه القواعد ، باعتبار أن هذه المخالفة تعد خطأ فى تطبيق القانون ولا تؤدى إلى البطلان ، الذى يجيز الطعن بالاستئناف تطبيقا للمادة ٢٢١ مرافعات. وفى هذا تقول المحكمة" مفاد نص المادة ١/٢٢١ مرافعات أن المشرع أجاز استثناء الطعن بالاستئناف فى الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى لمحاكم الدرجة الأولى عند وقوع بطلان فى الحكم أو فى الإجراءات أثر فيه ، فلا يجوز الطعن بالاستئناف فى الحكم لمخالفته القانون أو خطئه فى تطبيقه ، وأن مخالفة قواعد الاختصاص النوعى يعيب الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون ولكنها لا تبطله . . . ". نقض ٥/٢٦/ ١٩٨٠ طعن رقم ٣٩٠ لسنة ٤٦ قضائية ؛ وأنظر نقض ١٩٨٦/٦/١٢ طعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥٣ قضائية.

(١٧) ومن قضاء النقض فى هذا الخصوص قولها" لا يجوز الاعتماد فى تقدير قيمة الدعوى على القيمة التى حددها المدعى وسكت عنها المدعى عليه ، بل يجب على المحكمة أن تعتمد فى ذلك على القواعد التى نص عليها قانون المرافعات". نقض ١٩٧٥/١١/١١ سنة ٢٦ ص ١٣٩٤ ، وهناك العديد من الأحكام التى تناولت هذه المسألة أنظر: نقض ١٩٥٥/١/٢٣ مجموعة النقض فى ٢٥ سنة ج١ س ٦٢٤ قاعدة ٢١ نقض ١٩٧٩/١/٣١ طعن ٤٦١ السنة ٤٧ قضائية.

(١٨) أنظر: نقض ١٩٨٠/٥/٢٦ طعن رقم ٣٩٠ سنة ٤٦ قضائية.

(١٩) أنظر: أحمد أبو الوفا: التعليق على المادة ٣٦ مرافعات والمادة ٢٢٣ ، التعليق على نصوص قانون المرافعات.

السبب ، قبل التعديلات التى أدخلت على المادة ٢٢١ مرافعات ، خاصة إذا كان التقدير المخالف للقانون ، يؤدى إلى صدور حكم فى حدود النصاب الانتهائى لمحكمة أول درجة ، وذلك من منطلق أنه يتعين على محاكم ثانى درجة أن تراقب تقدير قيمة الدعوى من تلقاء ذاتها ، سواء لتقدير نصاب الاستئناف ، أو للتحقق من اختصاص محكمة أول درجة بنظر الدعوى[٢١].

١٢٦ = وفى الحالات التى يعتمد فيها تحديد قيمة الدعوى على تقدير المدعى ، فإنه إذا صدر حكم انتهائى استنادا إلى هذا التقدير من محاكم أول درجة ، فإن هذا الحكم لا يجوز استئنافه استنادا إلى مخالفة قواعد التقدير ، لأن المشرع لم يتدخل بقواعد فى هذه الحالة ولا يكون للخصوم الاعتراض على قيمة الدعوى توصلا إلى استئناف الحكم ، لأن المدعى هو الذى قدر قيمة دعواه ، وإلا فإن السماح باستئناف الحكم يمكن أن يؤدى إلى إهدار قواعد الاستئناف بإجازة الطعن فى حالات نص فيها القانون على صدور الحكم بصفة انتهائية[٢٢].

---

(٢٠) اجازت محكمة النقض استئناف الحكم فى هذه الحالة فى حكم لها فى ١٩٨١/١٠/٨ فقالت " بأنه وإن كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة ، أن الأصل هو أنه لا يجوز الاعتراض على قيمة الدعوى بعد صدور حكم فيها ، ما لم يخالف الأسس التى وضعها المشرع لتقدير قيمة الدعوى ، بمعنى أن التقدير الذى يحدده المدعى لدعواه يكون حجه له وحجه عليه بالنسبة لنصاب الاستئناف ، إلا إذا كان التقدير يصطدم مع إحدى القواعد التى قررها القانون فعندئذ لا يعتد بتقدير المدعى لدعواه أو بعدم اعتراض خصمه عليه ، بل يتعين على محكمة الدرجة الثانية أن تراقب من تلقاء نفسها ، اتفاق التقدير مع قواعد القانون وأن تعتمد فى ذلك على القواعد التى نص عليها قانون المرافعات فى المواد من ٣٦ إلى ٤١ مرافعات ، وذلك عملا بالمادة ٢٢٣ منه". نقض ١٩٨١/١٠/٨ رقم ٤٠٢ سنة ٤٨ قضائية.

(٢١) أنظر : أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة.

(٢٢) أنظر : أحمد أبو الوفا: التعليق على النصوص ط ٥ والمادة ٢٢٣ مرافعات ؛ وقد أيدت محكمة النقض هذا الاتجاه ، فقالت فى حكم لها " تقدير المدعى لقيمة دعواه يعتبر حجه له وعليه عند تقدير نصاب الاستئناف ، ما دام لا يتعارض مع القواعد القانونية لتقدير قيمة الدعوى". نقض ١٩٧٧/٣/١٦ طعن رقم ٤٥٨ سنة ٤٣ قضائية ؛ وأنظر الأحكام العديدة المشار إليها فى هذا الخصوص : أحمد أبو الوفا : الإشارة السابقة.

ولا يكون للطعن فى هذه الحالة من أثر على صفة الحكم الانتهائية والتى تظل لصيقة به حتى يتم الفصل فى الطعن إما بإلغاء الحكم أو تأييده ، وبالتالى فإنه يحتفظ بقوته التنفيذية حتى يتقرر مصيرها بالفصل فى الطعن.

<u>الحالة الثانية:</u> وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم(م٢٢١ مرافعات).

١٢٧ = ويكون الحكم باطلا إذا شابه عيب من العيوب ، التى تؤثر فى صحته وتؤدى إلى بطلانه ، انطلاقا من التمييز بين مقتضيات وجود الحكم وهى الأركان اللازمة لوجود العمل ، ومقتضيات صحته وهى الشروط التى يتطلبها القانون فى هذه الأركان[٢٣]، فالعيب الذى يشوب أحد الأركان يعد عيبا جسيما ، يؤثر فى وجود الحكم ويمنع هذا الوجود ، بينما العيب الذى يشوب شرط من شروط الصحة ، لا يعد عيبا جسيما ولا يؤثر فى وجود الحكم ، وإنما يؤثر فى صحته ويؤدى إلى بطلانه ، ورغم هذا العيب ، فإن الحكم يظل قائما من الناحية القانونية ، مرتبا لكافة آثاره. ومن أمثلة العيوب المبطلة للحكم إذا أغفل الحكم بيان أسماء القضاة الذين أصدروه[٢٤] ، أو إذا اشترك فى المداولة قضاة لم يسمعوا المرافعة(م١٦٧ مرافعات)، أو فى حالة عدم إيداع المسودة المشتملة على الأسباب موقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق بالحكم(م ١٧٥ مرافعات)، أو فى حالة عدم صلاحية القاضى لنظر الدعوى(م ١٣٦ مرافعات).

(٢٣) أنظر فى مناقشة هذه الفكرة والجدل الذى أثير بصدد التمييز بين ما يعد من الأركان والتى يترتب على العيوب التى تصيبها عدم ترتيب العمل لأثره من الناحية القانونية، وما يعد من الشروط الواجب توافرها فى هذه الأركان ، والأثر المترتب على العيوب التى تصيب كل منهما ما تقدم رقم ٥٨ وما يليه.

(٢٤) أنظر: نقض مدنى ١٩٧٢/٥/١٨ مجموعة المكتب الفنى س ٢٣ ص ١٩٥٩.

١٢٨ = ويبطل الحكم كذلك ليس بسبب عيب لحق الحكم ذاته ، وإنما بسبب عيب لحق الإجراءات ، التى يستند إليها والسابقة على صدوره ، كأن تكون صحيفة الدعوى التى صدر الحكم على أساسها باطلة ، ولم تتبين المحكمة هذا البطلان مع غياب المدعى عليه ، أو إذا سمعت المحكمة أحد الخصوم أثناء المداولة دون حضور الخصم الآخر أو إذا قبلت أوراقا أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها ، أو إذا صدر الحكم أثناء انقطاع الخصومة ، لقيام سبب من أسباب الانقطاع بأحد الخصوم[٢٥].

والطعن فى الحكم لهذا السبب لا يكون من شأنه التأثير فى الصفة الانتهائية التى اكتسبها الحكم ، وبالتالى يظل محتفظا بقوته التنفيذية حتى يتم الفصل فى الطعن.

<u>الحالة الثالثة:</u> إذا كان الحكم صادرا على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى(م٢٢٢ مرافعات).

١٢٩ = أجاز المشرع رفع التناقض بين الأحكام بإجازة الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر فى حدود النصاب الانتهائى لمحاكم أول درجة ، إذا كان الحكم متناقضا مع حكم سابق لم يحز بعد قوة الأمر المقضى ، ولكى يتحقق التناقض فإن ذلك يقتضى صدور الحكم مخالفا لحكم آخر سبق صدوره بين الخصوم أنفسهم وفى النزاع ذاته. ويتوقف قبول الاستئناف على كون الحكم الأول عند صدور الحكم الثانى لم يحز بعد قوة الأمر المقضى ، وأن يكون الحكم الثانى صادرا فى حدود النصاب الانتهائى لمحاكم أول

(٢٥) أنظر: أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام رقم ١٣٦ ص ٣٣٦ ؛ فتحى والى: نظرية البطلان رقم ٢٠٢ ص ٣٧٦ ؛ وجدى راغب: العمل القضائى ص ٦٩٥ ، وفى التفرقة بين البطلان المترتب على فعل الخصم وفعل القاضى. للمؤلف: مسئولية الخصم عن الإجراءات ص ٧٧٨.

درجــة. ويؤدى استئناف الحكم الجديد إلى استئناف الحكم السابق بقوة القانون وطرحه على محكمة الاستئناف ، ويكون لها أن تعيد النظر فى الحكمين معا غير مقيدة بأيهما وأن تعدل أو تلغى أحدهما بحسب ما يتراءى لها وفقا للقانون(٢٦) .

١٣٠ = وقد استقر الرأى فى الفقه على احتفاظ الحكم بقوته فى هذه الحالات الثلاث ، رغم الطعن فيه استثناء تطبيقا للحكم الوارد فى كل من المادة ٢٢١ ، ٢٢٢ مرافعات. لكن الرأى لم يتفق حول الأساس الذى يستند إليه هذا الحل ، فقد اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن الحكم يحتفظ بقوته رغم الطعن فيه ، لأن الفرض هو صحة العمل الإجرائى حتى يقضى ببطلانه ، ولهذا فإن الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى يعتبر صحيحا منتجا لكافة آثاره ومنها قوته التنفيذية حتى يقضى ببطلانه فيفقد الحكم ما له من قوة (٢٧). فى حين أن رأيا آخر يرى أن الاستئناف الاستثنائى يعد طعنا غير عادى لا يؤثر فى قوة الحكم التنفيذية(٢٨).

١٣١ = وفى اعتقادى أن احتفاظ الحكم بقوته التنفيذية رغم الطعن فيه يستند إلى صفته الانتهائية والتى تظل لصيقة بالحكم حتى يتم

---

(٢٦) أنظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٦٣١ ؛ أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص المرافعات والمادة ٢٢٢ مرافعات. وهذه المادة كانت تقابلها المادة ٣٩٧ من القانون السابق ، لكن المشرع عدل من صياغتها ، وذلك دفعا للبس الذى ثار فى الفقه ، حول سلطة محكمة الدرجة الثانية ، إذا كان الحكم السابق لم يحز قوة الشيء المحكوم به عند رفع الاستئناف ، وإنما أصبح حائزا لها عند نظر الاستئناف ، فقد اتجه بعض الفقه إلى القول ، بأن الحكم السابق لا يُعرض فى هذه الحالة على محكمة الدرجة الثانية ، حيث تقتصر سلطتها على تعديل الحكم الثانى بما يتفق مع الحكم السابق ، ولهذا صرحت المادة ٢٢٢ بأن الحكم السابق ، إذا لم يكن قد حاز قوة الأمر المقضى عند رفع الاستئناف ، يعتبر مطروحا على المحكمة الاستئنافية ، بمجرد رفع الاستئناف عن الحكم الثانى بحيث تمتد سلطة المحكمة إليهما معا.

(٢٧) أنظر: أحمد أبوا لوفا: إجراءات التنفيذ ص ٥٣ هامش ١ ؛ فتحى والى: التنفيذ الجبرى رقم ٢٣ ص ٤٢ هامش ١.

(٢٨) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ القضائى ص ٧٥ هامش ٤ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ ص ١٠٧ هامش ٣.

تجريده منها ، فيفقد ما له من قوة تنفيذية ، وأن الطعن فى الحكم فى الثلاث حالات المتقدمة ، يعد نوعا من الطعن الاستثنائى الذى لا يؤثر فى قوة الحكم التنفيذية ، وقد أكد المشرع هذه الطبيعة فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ ، والتى تتطلب أن يودع المستأنف عند الطعن فى الحكم ، فى الحالات المحددة فى الفقرة الأولى من هذه المادة مبلغ خمسين جنيها على سبيل الكفالة ، وهو النهج المتبع فى الطعون غير العادية(م ٣/٢٤٣ معدله بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ ، ٢٥٤ مرافعات). ورغم ذلك فإن احتفاظ الحكم بقوته فى هذه الحالات يستند إلى المبدأ المقرر فى القانون المصرى ، والذى على أساسه لا يكون للطعن فى الحكم من أثر موقف لقوته التنفيذية سواء أكان طعنا عاديا أو غير عادى ، وأن التأثير فى قوة الحكم ، لا يتم إلا بناء على قرار من محكمة الطعن ، بوقف هذه القوة بصفة وقتية(م ٢٩٢ ، ٢٤٤ ، ٢٥١ مرافعات)، أو بقرار فاصل فى الطعن على نحو يؤدى إلى زوال الحكم وزوال قوته التنفيذية بالتبعية.

<u>الحالة الرابعة:</u> إذا كانت صفة الحكم محلا للمنازعة طبقا للمادة ٢٩١ مرافعات.

١٣٢ = أجازت المادة ٢٩١ مرافعات التظلم من وصف الحكم ، متى أثر هذا الوصف على قوة الحكم التنفيذية ، سواء أكان هذا التأثير من الناحية الإيجابية أو الناحية السلبية ، ويرفع هذا التظلم إلى المحكمة الاستئنافية ، وهو نوع من الطعون غير العادية ، ذلك لأنه لا يتناول موضوع الحكم ، وإنما ينصب فقط على وصف الحكم المؤثر فى قوته ، ويجوز رفعه من المحكوم له والمحكوم عليه ، ولا يرتبط بمدى قابلية الحكم للاستئناف من عدمه طبقا

للقواعد العامة[٢٩]، فيجوز التظلم رغم عدم قابلية الحكم للاستئناف ولهذا فإن التظلم من الوصف ، يعد من هذه الزاوية طريقا خاصا للطعن فى الحكم ، بسبب مخالفة الحكم للقانون على نحو يؤثر فى قوته التنفيذية[٣٠].

١٣٣ = ونتيجة للطبيعة الخاصة للتظلم من الوصف ، فإن هذا النوع من الطعن يدور حول موضوع محدد ، إما طلب إقرار قوة الحكم التنفيذية ، إذا كان من شأن الوصف الخاطئ حرمان الحكم من القوة التنفيذية ، كأن يوصف بأنه ابتدائى وهو فى حقيقة الأمر حكم انتهائى ، أو تقييد قوته بقيد كالكفالة ، وإما بطلب نفى القوة التنفيذية عن الحكم إذا كان من شأن الوصف الخاطئ خلع القوة التنفيذية عليه قبل الأوان ، كأن يوصف خطأ بأنه حكم انتهائى وهو ابتدائى فى حقيقة الأمر[٣١].

(٢٩) أنظر: أمينة النمر: المرافعات الكتاب الثالث ١٩٨٢ رقم ١٢٢ ص ١٩١.

(٣٠) لم ينظم القانون الفرنسى طريقا خاصا ، لتصحيح الوصف الخاطئ للحكم ، كالقانون المصرى ، وقد عالجت المادة ٥٣٦ مرافعات الحالة التى يتضمن فيها الحكم وصفا خاطئا ، فقضت بأن الوصف الخاطئ للحكم لا يؤثر على استعمال الحق فى الطعن. ولهذا فإنه يجوز الطعن فى الحكم بالاستئناف بطلب تصحيح الوصف الخاطئ ، وقد أجازت المادة ٥٦٩ مرافعات لقاضى الاستئناف وقف تنفيذ الحكم لخطأ محكمة أول درجة فى وصف الحكم ، كما أعطت المادة ٩١٢ هذه السلطة لقاضى التحقيق عند تحضير الدعوى ، وأعطت المادة ٩٥٧ مرافعات ، هذه السلطة للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف وفى أية حالة تكون عليها الدعوى.

(٣١) كان قانون المرافعات السابق ، فى المادة ٤٧١ يحدد حالات التظلم من الوصف ، بحيث يجوز التظلم فى حالة الخطأ فى الوصف أو فى قضاء المحكمة بالنسبة للتنفيذ المعجل والكفالة. لكن المشرع عند إصدار قانون المرافعات الحالى ، عدل فى صياغة المادة ٢٩١ فلم تتضمن مثل هذا التحديد ، مما أثار الخلاف ، حول حالات التظلم ، فاتجه جانب من الفقه نحو بقاء حالات التظلم كما هى ، فليس هناك خلاف بين القاعدة القديمة والقاعدة الجديدة ، من حيث المضمون ، وأن التظلم يشمل بالإضافة إلى الخطأ فى الوصف ، الخطأ فى تطبيق القانون بالنسبة للتنفيذ المعجل والكفالة. أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٤٤ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٤٤ ص ٩٠ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٨١ ص ٢٠٦ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ١١٨ ص ٢١١. بينما يرى رأى آخر ، أن التظلم من الوصف لا يكون إلا فى حالات الخطأ القانونى ، أى خطأ مخالفة القانون ، بحيث يترتب على هذا الخطأ التأثير فى قوة الحكم. أنظر: عبد الباسط جميعى: مبادئ التنفيذ ص ٩٤ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ١٠٧ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٩٣ ص ١٧٩.

١٣٤ = لكن رفع التظلم لا يؤدى بذاته إلى إحداث أى تغيير فى قوة الحكم التنفيذية[٣٢]، فإذا كان الحكم طبقا للوصف الذى يحمله يضفى عليه القوة التنفيذية أو ينفى عنه هذه القوة ، فإن رفع التظلم لا يغير من الأمر شيئا ، فيظل الحكم محتفظا بوصفه وبالتالى بقوته ، طالما أن المحكمة المرفوع إليها التظلم لم تفصل فيه بعد.

وبصدور الحكم فى التظلم يتقرر مصير القوة التنفيذية للحكم[٣٣]، إما بثبوت القوة التنفيذية له أو نفيها عنه[٣٤]، انطلاقا من الوصف الصحيح الذى تخلعه المحكمة عليه ، أيا كان نوع الخطأ المتظلم منه ، سواء أكان خطأ فى تطبيق قواعد التنفيذ المعجل والكفالة أو وصف الحكم بأنه ابتدائى أو انتهائى ، لكن تصحيح الوصف وإن كان له أثره الإيجابى أو السلبى على قوة الحكم التنفيذية ، فإن هذا التصحيح لا يؤثر على الحكم ذاته المتظلم منه ، فيظل هذا الحكم قائما بين الخصوم ، مرتبا لجميع آثاره فى مواجهتهم ، فيما عدا أثره التنفيذى[٣٥] ، لأن سلطة المحكمة المتظلم أمامها تنحصر فى

---

(٣٢) والتظلم من الوصف يرفع بالإجراءات العادية لرفع الدعاوى ، إذا رفع استقلالا عن الاستئناف الموضوعى ، بميعاد حضور مختصر مدته ثلاثة أيام ، ويرفع إلى المحكمة الاستئنافية بالنسبة للمحكمة التى أصدرت الحكم ، لكنه يمكن أن يرفع بالتبعية للاستئناف الموضوعى ، ويمكن أن يقدم فى شكل طلب عارض(٢/٢٩١ مرافعات). ولم يحدد المشرع ميعادا لرفع التظلم ، لكن إذا رفع التظلم على استقلال فإنه يتقيد بميعاد الاستئناف ، وإذا رفع بالتبعية فإنه يجوز تقديمه حتى قفل باب المرافعة.

(٣٣) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٥١ ص ١٠٦ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٤٥ ص٩٣؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ١٠٩ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٢٦ ص ٢١٠؛ أمينة النمر: المرافعات ك ٣ رقم ١٢٥ ص ١٩٦ ؛ محمود هاشم: قواعد التنفيذ رقم ٩٦ ص ١٨٥ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ١٢٧ ص ٢٢٠.

(٣٤) والتظلم من الوصف لا علاقة له بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه ، كما قد يفهم من استخدام لفظ وقف التنفيذ عند بعض الفقه ، ذلك لأن التظلم يدور حول تصحيح الوصف الخاطئ ، وهو ما يترتب عليه إما بتزويد الحكم بالقوة التنفيذية ، أو تجريده منها ، إما وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه فهو أثر يترتب على تزويد الحكم بالقوة التنفيذية ، أو تجريده منها بعد تصحيح وصفه. أنظر: فتحى والى: التنفيذ رقم ٤٥ ص ٩٣ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ١٠٩ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٩٦ ص ١٨٠.

(٣٥) أنظر: أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها رقم ١١٢ ص ١٧٤.

مسألة الوصف ومدى تطابقه مع قواعد القانون ، فلا يكون لها أن تتطرق إلى موضوع الحكم ، ولهذا فإن الفصل فى التظلم يجرى على استقلال(م ٣/٢٩١ مرافعات)، وذلك إذا اقترن التظلم بالاستئناف الموضوعى لأن الفصل فى الاستئناف عن الموضوع يغنى عن الفصل فى التظلم[٣٦] .

١٣٥ = وتعديل الوصف من محكمة التظلم يحدث أثره فى قوة الحكم ليس من تاريخ الفصل فى التظلم ، وإنما من تاريخ صدور الحكم المتظلم من وصفه ، فإذا ترتب على التعديل تزويد الحكم بالقوة التنفيذية أو تجريد الحكم من قوته ، فإن هذا الأثر يرتد إلى وقت صدور الحكم المتظلم منه[٣٧]، لأن الحكم الصادر فى التظلم ليس له وجود مستقل عن الحكم المتظلم منه ، ولا يعدو كونه حكما مكملا أو متمما له[٣٨]. ويؤثر هذا التعديل بشكل مباشر على إجراءات التنفيذ ، من حيث بدء أو إلغاء هذه الإجراءات ، فإذا كانت هذا الإجراءات لم تبدأ بعد بسبب الوصف الخاطئ للحكم ، فإن تصحيح هذا الوصف إذا كان من شأنه تزويد الحكم بالقوة التنفيذية ، فإنه يؤدى إلى إمكان بدء هذه الإجراءات ، وعلى العكس من ذلك ، إذا كانت إجراءات التنفيذ قد بدأت استنادا إلى الوصف الخاطئ ، فإن تصحيح هذا الوصف يحول دون استمرارها ويلغى ما تم منها ، ويعطى للمحكوم له فى التظلم من

(٣٦) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ١١٠ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٩٦ ص ١٨٥.

(٣٧) أنظر: أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق رقم ١١٣ ص ١٧٥.

(٣٨) ومن قضاء محكمة النقض فى هذا الصدد قولها'' يقتصر بحث محكمة الاستئناف - عند النظر فى طلب التنفيذ أو طلب منعه - على تصحيح الخطأ فيما يتعلق بالتنفيذ ، باعتبار حكم محكمة الدرجة الأولى فى الموضوع صحيحا وفى محله ، وأذن فإن حكم محكمة الاستئناف بالنفاذ المعجل لا تأثير له مطلقا على استئناف الموضوع ، إذا هو يعتبر متمما لحكم محكمة الدرجة الأولى ، إذا كان حكمها قد أغفل النفاذ المعجل فى حالة يوجبه فيها القانون ، أو ملغيا للنفاذ إن كان حكمها قد أمر به فى غير الأحوال المنصوص عليها فيه''. نقض ١٩٨٤/٣/٢١ رقم ١١٩١ سنه ٤٧ قضائية ؛ وأنظر نقض ١٦ /١٩٦٤/١ السنة ١٥ ص ٩٨.

الوصف ، الحق فى إعادة الحال إلى ما كان عليه وطلب التعويض عن الأضرار التى أصابته من جراء التنفيذ[٣٩].

٢ ـ انقضاء ميعاد الطعـــن

١٣٦ = الأحكام الصادرة بصفة ابتدائية من محاكم أول درجة لا تكون صالحة للتنفيذ الجبرى نظرا لقابلية هذه الأحكام للطعن بالاستئناف ويظل لهذه الأحكام هذه الصفة ، طالما أن إمكانية الطعن فيها بالاستئناف ما زالت قائمة ، فإذا سقطت مكنة الطعن فى الحكم بفوات ميعاد الطعن(م ٢٢٧ مرافعات)، فإن هذه الأحكام تنقلب إلى أحكام انتهائية ، وهى الصفة التى تؤهلها لاكتساب القوة التنفيذية وتجعلها صالحة للتنفيذ الجبرى[٤٠].

١٣٧ = وقد رتبت المادة ٢١٥ مرافعات سقوط مكنة الطعن فى الحكم كجزاء على مخالفة ميعاد الطعن فنصت على أنه'' يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن فى الأحكام سقوط الحق فى الطعن. وتقضى المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها''[٤١]. والسقوط المقرر فى هذه الحالة

---

(٣٩) أنظر: أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ١١٣ ص ١٧٥. إذا كان التنفيذ قد تم بناء على الوصف الخاطئ للحكم ، فإن التظلم من الوصف يعطى للمتظلم ، أن يطلب من المحكمة إزالة ما تم وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ مع التعويض عن الضرر. وجدى راغب: التنفيذ ص ١٠٩ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٩٦ ص ١٨٥ ؛ للمؤلف : مسئولية الخصم عن الإجراءات ص ٢٧٤.

(٤٠) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٢٢ ص ٥٤ ؛ عبد الباسط جميعي: مبادئ ص ٧٦ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٢٣ ص ٤١ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٧٦ ؛ أمينة النمر: المرافعات ك ٣ رقم ٩٢ ص ١٦٠ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٥٠ ص ١٠٧ ؛ عزمى عبد الفتاح: قواعد ص ١٣٤ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٥٣ ص ١٠٥.

(٤١) وقد رتبت المادة ١٢٥ من قانون المرافعات الفرنسى جزاء عدم القبول'' les fins de non-recevoir '' على مخالفة المواعيد المتعلقة بالطعن فى الأحكام ، وجعلت هذا الجزاء من النظام العام ، بحيث يتعين على القاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه. أنظر قضاء النقض الفرنسى تطبيقا لهذه المادة.

Civ. 1re, 24 avril 1979, Bull. Civ. 1, p. 96; Civ. 2e, 16 juillet 1980, Bull. Civ. 11, p.127; Rev. trim. dr. civ. 1981 454, obs. Perrot; 4 mars 1981,

يرتبط بواقعة انقضاء الميعاد وحدها ، دون حاجة إلى إثبات إهمال أو تقصير من الخصم ، وإذا تحققت المحكمة من انقضاء الميعاد ، فإنها تقضى بهذا الجزاء من تلقاء نفسها لتعلق مواعيد الطعن بالنظام العام[٤٢].

١٣٨ = لكن الحكم يظل محتفظا بصفته الابتدائية طالما أن باب الطعن فى الحكم بالاستئناف ما زال مفتوحا ، وهو ما يؤثر على اكتسابه للقوة التنفيذية ، وذلك فى الحالات التى يقف فيها ميعاد الطعن لسبب من الأسباب التى وردت فى المادة ٢١٦ مرافعات ، كموت المحكوم عليه أو فقد أهليته للتقاضى أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه ، ولا يزول الوقف إلا بعد إعلان الحكم إلى من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للتقاضى أو زالت صفته. أو بسبب القوة القاهرة كما فى حالة الكوارث والحروب ، التى تحول دون إمكان رفع الطعن فى الميعاد[٤٣]. أو بسبب امتداد الميعاد بسبب إضافة ميعاد المسافة أو العطلة إليه ، وتنظم المواد ١٦ ، ١٧ ، ١٨ مرافعات أحكام هذا النوع من الامتداد[٤٤].

Bull. Civ.11, p. 32.

(٤٢) وقضى فى هذا الخصوص" مواعيد الطعن فى الأحكام من النظام العام ، ويحق للمحكمة التعرض لها من تلقاء نفسها". نقض ١٩٧٨/١٢/٦ طعن رقم ٥٧٤ لسنة ٤٥ ؛ نقض ٦/٣/ ١٩٧٢ سنة ٢٣ ص١٠٧١.

(٤٣) ومن أمثلة القوة القاهرة التى وردت فى أحكام المحاكم ، قول المحكمة" إن الفقر الذى يعجز صاحبه عن دفع رسم الاستئناف يعد قوة قاهرة توقف سريان ميعاد الاستئناف من وقت تقديم طلب الإعفاء من ذلك الرسم وإعلانه للمستأنف عليه إلى وقت قبول ذلك الطلب ثم يستأنف الميعاد سيره". أسيوط استئنافى ٨ ديسمبر ١٩٣١ مرجع القضاء ص ٢٢٤٣. وقضى أيضا" السبب القهرى يجيز مد ميعاد الاستئناف وللمحكمة فى ذلك سلطتها التقديرية ، ومن ثم فإنه إذا عين أحد الخصوم محل إقامته الشرعى فى عريضة دعواه وفى إعلان الحكم الابتدائى وغيره بعد ذلك ، دون أن يعلن خصمه بهذا التغيير وترتب على ذلك فوات ميعاد الاستئناف على خصمه فإن هذا العمل الذى يطوى معه سوء النية يجب اعتباره عدلا حالة قهرية يرتب عليها مد ميعاد الاستئناف". استئناف إسكندرية ٢٧ يناير ١٩٢٥ مرجع القضاء ص ٢٢٤٣. وانظر فى هذا الموضوع . محمد سعيد عبد الرحمن: القوة القاهرة فى قانون المرافعات – دار النهضة العربية.

(٤٤) ومن قضاء النقض فى هذا الصدد قولها" ميعاد المسافة وجوب اعتباره مع ميعاد الاستئناف ميعادا أول يتكون منهما ميعاد الطعن. قضاء المحكمة من تلقاء نفسها بسقوط الحق فى

١٣٩ = كما يحتفظ الحكم بصفته الابتدائية حتى لو انقضى ميعاد الطعن بالاستئناف طالما بقى طريق الاستئناف الفرعى مفتوحا. فقد أجازت المادة ٢/٢٣٧ مرافعات فتح باب الاستئناف الفرعى لمن قبل الحكم أو فوت ميعاد الطعن ، إذا فوجئ باستئناف خصمه للحكم فى نهاية الميعاد ، فيكون له أن يرفع استئنافا فرعيا للرد على استئناف خصمه ، إما بإجراءات الاستئناف المقابل بصحيفة تعلن إلى الخصم أو بمذكرة مسببة قبل قفل باب المرافعة[٤٥].

ويترتب على فتح طريق الاستئناف الفرعى أمام الخصم احتفاظ الحكم محل الطعن بصفته الابتدائية ، التى تحول بينه وبين الحصول على القوة التنفيذية ، ذلك لأن رفع الاستئناف الأصلى من أحد الخصوم ، يؤدى إلى امتداد ميعاد الاستئناف أمام المستأنف عليه حتى قفل باب المرافعة فى الاستئناف الأصلى ، فإذا فوت المستأنف عليه هذا الميعاد دون أن يرفع استئنافا عن الحكم سقط حقه فى رفع الطعن ، وهو ما يؤدى إلى اكتساب الحكم للصفة الانتهائية ، التى تسمح بتزويده بالقوة التنفيذية[٤٦].

١٤٠ = وقد طبق المشرع الفكرة ذاتها فى المادة ٢/٢١٨ مرافعات وذلك بمد ميعاد الاستئناف لمن فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم ، عند تعدد المحكوم عليهم فى موضوع غير قابل للتجزئة[٤٧] أو فى التزام

الاستئناف ، إغفالها بحث ما إذا كانت المسافة بين موطن المستأنف ومقر المحكمة يوجب إضافة ميعاد مسافة. قصور''. نقض ١٩٨٠/٢/١٩ طعن رقم ٧٣٧ لسنة ٤٧ قضائية.

(٤٥) أنظر: وجدى راغب: مبادئ ص ٦٢٦.

(٤٦) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ رص ٧٥ هامش ٤ ؛ أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ٥٠٨ ص ٧٠٧.

(٤٧) ويكون الالتزام غير قابل للتجزئة أو للانقسام ، طبقا للمادة ٣٠٠ مدنى ، إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم ، أو إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك. وأنظر فى تفاصيل ذلك. أحمد السيد صاوى: المرجع السابق رقم ٥٠٧ ص ٦٩٩.

بالتضامن[٤٨] ، أو فـى دعوى يوجـب القانون فيـها اختصـام أشـخاص معينيـن[٤٩]، فإذا رفـع الطعن من أحدهم فى الميعاد جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكـم الطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما إليه فى طلباته[٥٠].

١٤١ = ويحتفظ الحكم بصفته الابتدائية فى الحالات التى لا يبدأ فيها ميعاد الطعن من تاريخ صدور الحكم ، وإنما من واقعة أخرى يرتب القانون علـى تحققها بدء الميعاد ، وما لم تتحقق هذه الواقعة فإنه لا يكون مـن الممكـن بـدء الميعاد. وتجد هذه الفكرة تطبيقا لهـا فـى المـادة ٢٢٨ مرافعات والتى تقضـى بأنـه" إذا صدر الحكم بنـاء علـى غش وقـع من الخصم أو بناء على ورقة مزورة أو بناء على شهادة زور أو بسبب عدم إظهـار ورقة قاطعة فى الدعوى احتجزها الخصم فلا يبدأ ميعاد استئنافه إلا من اليوم الذى ظهر فيه الغش أو الذى أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذى حكم فيه علـى شـاهد الزور أو اليوم الذى ظهرت فيه الورقة التى احتجزت".

وطـبقا للمـادة ٢١٣ /١ مـرافعات معدلـه بالقـانون رقـم ١٨ لسـنة ١٩٩٩، فإنـه إذا كـان مـيعاد الطعـن فـى الحكـم يـبدأ كقـاعدة مـن تـاريخ صـدور الحكـم ، فـإن هـذا المـيعاد لا يـبدأ إلا مـن تـاريخ إعـلان الحكـم إلـى

---

(٤٨) والتضامن قد يكون بين المدينين وقد يكون بين الدائنين ، ويتحقق التضامن بين المدينين ، عند التزامهم بنفس الدين ، بحيث يمكن إجبار أى منهم على الوفاء بكل الدين ، وتبرئة ذمة الباقين ، ويتحقق التضامن بين الدائنين ، متى كان لأحدهم الحق فى المطالبة بكل الدين ، وذلك طبقا للتنظيم المقرر فى المادة ٢٧٩ مدنى وما بعدها ، وانظر فى تفاصيل ذلك. أحمد السيد صاوى: الإشارة السابقة.

(٤٩) يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فى بعض الدعاوى ، كدعوى استرداد المنقولات المحجوزة ، حيث يتعين رفعها على الدائن الحاجز والمحجوز عليه والحاجزين المتدخلين(م ٣٩٤ مرافعات). ودعوى الشفعة التى ترفع على بائع العقار المشفوع فيه والمشترى(م ٩٤٣ مدنى)، ودعوى قسمة المال الشائع ، التى يجب رفعها على باقى الشركاء فى الشيوع(م ٨٢٦ مدنى).

(٥٠) أنظر: أحمد السيد صاوى: الإشارة السابقة.

المحكوم عليه ، وذلك إذا كان قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ، ولم يكن قد قدم مذكرة بدفاعه أمام المحكمة ولا أمام الخبير ، أو إذا كان قد تخلف عن الحضور ولم يقدم مذكرة إلى المحكمة ولا إلى الخبير، في جميع الجلسات التالية لتعجيل الخصومة ، بعد وقف السير فيها لأى سبب من الأسباب. أو إذا حدث سبب من أسباب الانقطاع وصدر حكم دون اختصام من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته أو زالت صفته. والإعلان الذى يعتد به لبدء ميعاد الطعن هو الإعلان الصحيح لشخص المعلن إليه أو في موطنه الأصلى ، فلا يعتد بالإعلان في قلم الكتاب أو في الموطن المختار[٥١].

٣ ـ الاتفاق على انتهائية الحكـم

١٤٢ = أجازت المادة ٢/٢١٩ مرافعات للخصوم الاتفاق مسبقا على صدور الحكم بصفة انتهائية ، حتى لو كان الحكم طبقا للقواعد العادية حكما ابتدائيا قابلا للطعن بالاستئناف ، وبما يترتب على ذلك من تزويد الحكم بالقوة التنفيذية استنادا إلى صفته الانتهائية الاتفاقية[٥٢]، حيث تقضى بأنه" ويجوز الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائيا". ويعد هذا الاتفاق استثناء من الأصل المقرر بأن تكون أحكام محاكم أول درجة قابلة للطعن بالاستئناف تطبيقا لمبدأ التقاضى على درجتين[٥٣]، وهو ما أكدته المادة

---

(٥١) أنظر :نبيل إسماعيل عمر : أصول المرافعات رقم ١٠٠٩ ص ١١٤١. ومن قضاء محكمة النقض قولها" إذا كان إعلان الحكم الابتدائى إلى الطاعنة معيبا بعيب يبطله ، فإنه من ثم لا ينفتح به ميعاد الطعن عليه بطريق الاستئناف". نقض ١٩٨١/٦/٢٢ طعن رقم٥٩١ س ٤٠ قضائية.

(٥٢) أنظر : أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٤٢١ ص ٨٣٥. التعليق على النصوص والمادة ٢١٩/ ٢ مرافعات ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣٦٣ ص ٧١٩ ؛ وجدى راغب : مبادئ ص ٦١٨ ؛ نبيل إسماعيل عمر: المرافعات رقم ١٠٤٨ ص ١١٨٥.

(٥٣) أنظر : ما تقدم رقم ١٠٩. والنظر الى مبدأ التقاضى على درجتين ، كأصل من أصول التنظيم القاضى في القانون المصرى ، وهو ما يسمح بعرض الدعاوى على محكمتين بالتتابع

٢١٩ /١ مرافعات بنصها على أنه'' للخصوم فى غير الأحوال المستثناة بنص القانون أن يستأنفوا أحكام محاكم الدرجة الأولى الصادرة فى اختصاصها الابتدائى''. وقد أجاز القانون الفرنسى هذا الاتفاق فى المادة ٢/٤١ مرافعات على أن يكون اتفاقا صريحا ولاحقا على نشأة النزاع ، وحتى لو كانت قيمة الطلب تجاوز النصاب الانتهائى للمحكمة.

١٤٣ = ولا خلاف حول جواز هذا الاتفاق استنادا إلى نص الفقرة الثانية من المادة ٢١٩ مرافعات[٥٤] ، لكن ثار الخلاف حول طبيعته فاتجه رأى فى الفقه إلى اعتباره عقدا من عقود القانون الخاص يستلزم توافر أركانه وشروط صحته[٥٥]. بينما يرى رأى آخر أنه اتفاق إجرائى ملزم لأطرافه[٥٦]. والرأى الأخير جدير بالتأييد لأن هذا الاتفاق يجد مصدره فى القواعد الإجرائية ، وينتج أثرا مباشرا فى الإجراءات يتمثل فى التنازل عن الحق فى الطعن بالاستئناف ، وبما يترتب على ذلك من صدور الحكم من قضاء أول درجة حائزا للصفة الانتهائية التى تكفى لتزويده بالقوة التنفيذية.

١٤٤ = ويلزم لهذا الاتفاق تراضى جميع أطرافه على صدور الحكم من محكمة أول درجة غير قابل للطعن بالاستئناف ، فلا يكفى رضاء أحد أطرافه دون رضاء الطرف أو الأطراف الآخرين ، لأن

إحداهما أعلى من الأخرى فى سلم التقاضى ، وأن التقاضى على درجة واحدة يعد استثناء من هذا الأصل.

(٥٤) أنظر: أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة ؛ فتحى والى: الإشارة السابقة ؛ وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ نبيل إسماعيل عمر: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ١٧٩ ص ٣٠٢.

(٥٥) أنظر: نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ١٠٤٨ ص ١١٨٥ ؛ قريب منه. أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٤٢١ ص ٨٣٥. حيث يرى أنه اتفاق يخضع من حيث عيوب الرضا لقواعد القانون المدنى. ولهذا فإن بعض الفقه يتطلب فى المتنازل عن الحق فى الاستئناف ، أن يتوافر له أهلية التصرف فى الحق محل النزاع ، ذلك أن النزول عن الاستئناف ، قد يؤدى إلى النزول عن الحق. وهذا الرأى منسوب إلى'' ديباش''. ومشار إليه. فتحى والى: الوسيط ص ٧١٩ هامش١.

(٥٦) أنظر: وجدى راغب: مبادئ ص ٦١٨.

رضاء أحد الأطراف دون رضاء الآخرين ، يعتبر إسقاطا لحق إجرائى لم يولد بعد وهذا لا يجوز(٥٧). وهذا التراضى قد يكون سابقا على رفع الدعوى وهو ما أجازته المادة ٢/٢١٩ مرافعات ، لكنه قد يكون لاحقا على رفع الدعوى وقبل صدور الحكم(٥٨)، وهو ما يستفاد من عبارة النص التى تفيد أن الاتفاق من حيث المبدأ يكون بعد رفع الدعوى ، لكنه يجوز حتى لو كان سابقا على رفعها. وقد اتجه القانون الفرنسى إلى وجوب أن يكون الاتفاق لاحقا على نشأة النزاع وأن يكون صريحا ، لكنه لم يشترط شكلا معينا له. ولكى يكون الاتفاق صحيحا ، فإنه يشترط أن يكون لدى أطرافه أهلية التصرف فى الحق المتنازع عليه ، وأن تكون إرادتهم غير معيبة بعيب من عيوب الرضا ، كالإكراه أو التدليس أو الغش(٥٩).

١٤٥ = واتفاق الخصوم يكون ملزما لأطرافه على نحو يؤدى إلى صدور الحكم من محكمة أول درجة مزودا بالصفة الانتهائية ، التى تحصنه ضد الطعن بالاستئناف ، وإذا ما رفع عنه استئناف فإنه يكون غير مقبول ، لكن إذا كان الحكم باطلا أو مبنيا على إجراءات باطلة ، فإنه يجوز الطعن فيه بالاستئناف تطبيقا للمادة ٢٢١ مرافعات ، ويرفع الطعن من صاحب المصلحة فى التمسك بالبطلان ، لكن رفع الطعن لا

---

(٥٧) أنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٤٢١ ص ٨٣٥ ؛ نبيل إسماعيل عمر: المرافعات رقم ١٠٤٨ ص ١١٨٥.

(٥٨) وهو ما ذهب إليه القانون الفرنسى فى المادة ٢/٤١ من قانون المرافعات ، التى تشترط أن يكون اتفاق الخصوم على انتهائية الحكم ، لاحقا على نشأة النزاع ، فمتى نشأ النزاع وقبل صدور الحكم ، يكون للأطراف الاتفاق على أن الحكم الصادر فى الدعوى ، يكون غير قابل للاستئناف ، حتى لو كانت قيمة الطلب تتجاوز النصاب الانتهائى للمحكمة. أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨٨٤ ص ٥٩٧.

(٥٩) وقد اشترطت المادة ٢/٤١ مرافعات فرنسى لصحة الاتفاق ، أن يكون لدى أطرافه القدرة على التصرف فى الحقوق المتنازع عليها " pour les droits dont elles ont la libre disposition ". أنظر: فنسان وجينشار: الإشارة السابقة ؛ وأنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٤٢١ ص ٨٣٥ . حيث يرى خضوع هذا الاتفاق لأحكام القانون المدنى من حيث عيوب الرضا.

يؤثر في قوة الحكم التنفيذية حيث يظل للحكم هذه القوة حتى الفصل في الطعن ، لأن الطعن في الحكم ليس من شأنه التأثير في القوة التنفيذية له أيا كان نوع الطعن[٦٠].

٤ ـ قبول الحكـــــم

١٤٦ = القبول بالحكم والرضا به طبقا للمادة ٢١١ مرافعات يؤدى إلى عدم قابلية الحكم الصادر من محاكم أول درجة للاستئناف ، وبالتالي تزويده بالصفة الانتهائية التي تؤدى إلى خلع القوة التنفيذية عليه ، وهو صورة من صور التنازل عن الحق في الطعن[٦١]. وقد أجاز القانون الفرنسي في المادة ٤٠٩ من قانون المرافعات قبول الحكم من المحكوم عليه'' acquiescement au jugement '' ورتب على هذا القبول التنازل عن طرق الطعن[٦٢] .

١٤٧ = والقبول الذي يعتد به وينتج أثرة في تزويد الحكم بالقوة التنفيذية ، يجب أن يكون صادرا من المحكوم عليه في الحكم[٦٣]، وهذا يقتضي أن يكون طرفا في الخصومة التي انتهت بصدور الحكم ، سواء كان ماثلا فيها بشخصه أو بمن يمثله ، ولا يعتد بالقبول الصادر من الوكيل إلا إذا كان مزودا بتفويض خاص(م٧١ مرافعات)[٦٤]. وعلى

(٦٠) أنظر في أثر الطعن بالاستئناف ، في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى بصفة انتهائية على قوة الحكم وذلك في الحالات التي يصدر فيها الحكم مخالفا لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام أو في حالة بطلان الحكم أو تناقض الأحكام ، ما تقدم رقم ١٢٤ ، ١٢٥.

(٦١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر : المرافعات رقم ١٠٤٦ ص ١١٨٣ ، وهناك الصورة التي وردت في المادة ٢/٢١٩ مرافعات ، والتي تجيز الاتفاق بين الأطراف على التنازل عن الحق في الطعن قبل رفع الدعوى. أنظر ما تقدم رقم ١٤٢ وما يليه.

(٦٢) لم يتضمن القانون الفرنسي القديم تنظيما لقبول المحكوم عليه للحكم والتنازل عن طرق الطعن. أنظر : فنسان وجينشار : المرافعات رقم ١٢٩٢ ص ٦٢٤.

(٦٣) وقيل في تعريف القبول'' أنه الرضا بالحكم صراحة أو ضمنا ، بحيث يمتنع على من رضي به الطعن فيه بعدئذ بأي طريق من طرق الطعن ، في مواجهة من صدر الحكم والقبول لمصلحته''. أحمد أبو الوفا : الأحكام رقم ٤١٠ ص ٨٢٢.

(٦٤) ومن قضاء النقض قول المحكمة'' قبول الحكم المانع من الطعن فيه ، وجوب صدوره

العكس من ذلك فإن المادة ٤١٧ مرافعات فرنسى تجيز للوكيل قبول الحكم دون حاجة إلى تفويض خاص بذلك[٦٥].

١٤٨ = ويفتقر التنظيم الإجرائى لقبول المحكوم عليه للحكم إلى القواعد المنظمة لأحكامه ، فلم يتناول هذا التنظيم سوى إجازة القبول وبيان أثره. ولهذا فإن من أحكامه أن يكون القبول لاحقا على صدور الحكم[٦٦]، ذلك لأن القبول لا يكون إلا من المحكوم عليه(م ٢١١ مرافعات)، وهذه الصفة لا تثبت له إلا بعد صدور الحكم ، علاوة على أن القبول ينصب على الحكم ولا يتصور هذا القبول قبل صدوره ، وإلا

من الخصم نفسه أو وكيله المفوض فى ذلك. قبول الأحكام الصادرة ضد الدولة من حق الوزير المختص أو المحافظ أو وكيل الوزارة إن فوضهما فى ذلك. نقض ١٩٧٨/٥/١١ طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٥. ويجوز للولى أو الوصى أن يقبل باسم القاصر الحكم الصادر على هذا الأخير ، كما يجوز للقيم أن يقبل باسم المحجور عليه الحكم الصادر على هذا الأخير ، ويلاحظ أن القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ يشترط إذن المحكمة عند رفع الدعوى باسم فاقد الأهلية أو ناقصها أو عند النزول عنها بعد إقامتها أو النزول عن طرق الطعن المقررة فى الأحكام الصادرة فيها(م ٣٩ ، ٨٨ منه). أنظر فى هذا الموضوع : أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام فى قانون المرافعات رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣.

(٦٥) وقضت محكمة باريس فى هذا الصدد فى حكم لها ، بصدد المادة ٤١٧ مرافعات ، حيث تقول'' أنه عندما لا يمثل المحامى عميله الذى حضر بشخصه ، وإنما ترافع عنه فقط ، فإن المحامى لا يكون له صفة فى قبول الحكم دون توكيل من عميله''. Paris 17 mars 1980 D.1980 IR.p.464 obs. Julien. وإذا تعلق الأمر بالقبول الصادر من الوصى على القاصر ، سواء أكان صريحا أو ضمنيا ، فإنه يحتاج إلى ترخيص بذلك من'' conseil de famille ''(م ٣/٤٦٤ مدنى) أما ولى المال فإنه يحتاج إلى إذن من قاضى الولاية على المال إذا أراد قبول الحكم ، يتضمن تنازلا عن حق(م ٣/٣٨٩ مدنى). فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٩٣ ص ٨٢٥.

(٦٦) وقد أيد قضاء النقض هذا الاتجاه ، فقالت المحكمة فى حكم لها'' ولئن كانت الدعوى لا تقتصر على حق الالتجاء إلى القضاء لحماية الحق فحسب ، وانما تستطيل إلى استنفاد جميع الوسائل المقررة قانونا لحمايته إذ أنه يجوز التنازل عن الطعن فى الحكم بعد ثبوت الحق فيه أو أثناء نظر الخصومة المرددة بعد نظر الاستئناف إذ التنازل عندئذ يؤمن معه الاعتساف''. نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ الطعن رقم ٣٢ سنه ٣٥. ومع ذلك فقد أجازت المحكمة القبول السابق على صدور الحكم شرط أن يكون الحكم قد صدر موافقا لطلبات الخصم فيمنعه ذلك من الطعن فيه. نقض ١٩٧٧/١٢/٢١ سنه ٢٨ ص ١٨٥٩، وانظر فى إجازة القبول السابق على صدور الحكم ، بشرط أن يكون موافقا لطلبات الخصم ، فإذا طلب الخصم توجيه اليمين إلى خصمه ، عد ذلك منه قبولا للحكم الذى يصدر بتوجيه اليمين. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام فى قانون المرافعات رقم ٤٢٠ ص ٨٣٣.

كـان القبول مفتقدا لركن من أركانـه وهـو ركن المحـل[٦٧]. وإذا تعدد المحكوم عليهم فـإن قبول أحدهم للحكم ينصرف أثره إليه وحده ، ولا يؤثر فـى حق المحكوم عليهم الآخرين فـى الطعن فـى الحكـم ، كمـا أن قـبول المحكـوم علـيه يمكـن أن يكـون لصـالح أحـد المحكـوم لهـم دون المحكـوم لهـم الآخريـن ، وإذا جـاء قـبول الحكـم بعبارة غامضـة وبغير تخصيص فإنه يكون لصالح جميع المحكوم لهم[٦٨].

١٤٩ = وقبول المحكوم عليه للحكم هو تصرف إرادى من جانب واحـد ، ولا يشترط لكى ينتج أثره قبول الطرف الآخر[٦٩] ، لكن صحة هذا التصرف ترتبط بصدوره عن إرادة صحيحة خالية من العيوب ، فإذا كانـت الإرادة مشوبة بعيب مـن عيوب الرضـا فإنهـا لا تكـون صـالحة لترتيب الأثر القـانونى ، ويقـع عبء إثبات عيب الرضـا على من صدر منه القبول ، طبقا للقواعد العامـة فـى الإثبات ، وأن يصدر كذلك عن شخص تتوافر لديه أهلية التصرف فى الحق الثابت فى الحكم[٧٠].

١٥٠ = ولا يعتد بالقبول الصـادر على خلاف قواعد النظام العام ، فـلا يجوز القبول فـى المسـائل التى لا يجوز فيها الصلح ، وهذا ما استقر

---

(٦٧) وقد أيد بعض الفقه هذا الاتجاه ، وسندهم فى ذلك أن الخصم لا يستطيع أن يقدر ما إذا كانت مصلحته تقتضى قبول الحكم أو الطعن فيه إلا بعد صدوره ، وأن الحق فى الطعن لا ينشأ إلا بعد صدور الحكم. أنظر فى الفقه الإيطالى "ساتا وكيوفندا". مشار إليه فتحى والى: الوسيط رقم ٣٥٣ ص ٦٨٧. بينما استند البعض الآخر ، إلى مخالفة هذا القبول للنظام العام. أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٥٧٥ ص ٧٧١.

(٦٨) أنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٤١٩ ، ٤٢٠ ص ٨٣٣.

(٦٩) أنظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٦١٧ ؛ نبيل إسماعيل عمر: المرافعات رقم ١٠٤٦ ص ١١٨٣.

(٧٠) أنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣٥٣ ص ٦٨٧ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٦١٧ ؛ نبيل إسماعيل عمر: المرافعات رقم ١٠٤٦ ص ١١٨٣ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٨١ ص ١٢٣ ؛ وفى الفقه الفرنسي: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٩٣ ص ٨٢٥. فالصبى المميز أو ناقص الأهلية الذى يؤذن له فى إدارة أمواله ، والذى يجوز له أن يرفع الدعاوى بصددها ، لا يملك الرضا بالحكم الصادر عليه ، حتى لا يؤدى ذلك إلى سقوط حقه الذى يدعيه. أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة.

عليه الرأى فى الفقه والقضاء المصرى[٧١]. وقد اتجه بعض الفقه فى فرنسا إلى جواز قبول الحكم حتى فى المسائل التى تتعلق بالنظام العام ، بحجة أن هذه المسألة طالما أنها تتعلق بحكم فإن هذا الأمر يجرى تحت نظر القضاء ورقابته ، يضاف إلى ذلك أن المادة ٢/٤٠٩ مرافعات تجيز هذا القبول دائما ما لم يوجد نص على خلاف ذلك[٧٢].

١٥١ = وقد يصدر القبول من المحكوم عليه للحكم فى صورة صريحة'' exprès '' أو فى صورة ضمنية'' implicite '' وهو ما نصت عليه المادة ٤١٠ مرافعات فرنسى صراحة ، وكانت هذه المسألة مقررة فى الفقه والقضاء دون نص تشريعى[٧٣]. ويكون القبول صريحا إذا عبر المحكوم عليه صراحة عن قبوله للحكم والتنازل عن الحق فى الطعن ، بغض النظر عن الشكل الذى يصدر فيه هذا التعبير[٧٤]، على

---

(٧١) أنظر: فتحى والى: الوسيط رقم ٣٥٣ ص ٦٨٧ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات رقم ١٠٤٧ ص١١٨٤. وقضت محكمة النقض فى هذا الصدد فقالت'' استقر قضاء هذه المحكمة على أن قانون التأمينات الاجتماعية هو وحده الذى ينظم حالات المستحقين للمعاش ومدى استحقاقهم فيه ، باعتبار أن أحكام قانون التأمينات الاجتماعية فى هذا الخصوص ، إنما يتعلق بالنظام العام ، فلا يصح أن يجرى اتفاق بشأنها. لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر ، وقضى بعدم قبول استئناف الطاعنة ، بمقولة أن ما قرره وكيلها بجلسة ١٩٧٦/٤/٨ أمام محكمة الدرجة الأولى ، من أن الهيئة لا تمانع فى تسوية مستحقات المطعون ضده حسب الحكم ، الذى صدر فى الدعوى يعتبر قبولا للحكم يمنع الطعن فيه ، وفقا للمادة ٢١١ مرافعات وصادر بذلك حق المستأنفة فى الاستئناف ، فإنه يكون قد خالف القانون''. نقض ١٤ /١٢/ ١٩٨٠ طعن رقم ١٥٣٣ لسنة ٤٩ قضائية.

(٧٢) وقد نصت المادة ١١٢٠ مرافعات ، على عدم جواز قبول الحكم الصادر بالطلاق ، إذا صدر ضد البالغ الخاضع للحماية'' majeur protégé " أو الحكم الصادر تطبيقا للمادة ٢٣٨ مدنى. أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٩٤ ص ٨٢٦.

(٧٣) أنظر فى الفقه المصرى: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٤١٣ ، ٤٢٢ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣٥٣ ص ٦٨٧ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٦١٧ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ١٠٤٦ ص ١١٨٣ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٧٧ ص ١١٤ ؛ وفى الفقه الفرنسى: كيش وفنسان: المرافعات ط ١٣ رقم ٥٧٧ ؛ فنسان وجينشار: المرافعات ط ٢٢ رقم ١٢٨٢ ص ٦٢٤. ومن الأحكام نقض٦ فبراير ١٩٦٣ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٤ ص ٢١٨ ؛ نقض ١٩٧٤/١٢/١٥ السنة ٢٥ ص ١٤٤٣ ؛ نقض ١٩٧٤/١٢/١٨ السنة ٢٥ ص ١٤٦٢ ؛ نقض ١٩٧٧/١٢/٢١ سنة ٢٨ ص ١٨٥٩.

(٧٤) أنظر: فتحى والى: الإشارة السابقة ؛ وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ نبيل إسماعيل

أن يكون هذا التعبير واضحا وقاطعا فى دلالته على الرضا بالحكم.

١٥٢ = أما القبول الضمنى فهو سلوك اختيارى من المحكوم عليه يدل دلالة واضحة ، على اتجاه نيته إلى قبول الحكم ، بحيث لا يمكن تفسير سلوكه إلا على أساس أن إرادة من صدر عنه قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر[٧٥]، ويعتمد القبول الضمنى على ما يصدر عن المحكوم عليه من سلوك بحيث يستشف منه إرادة القبول ، لكن إرادة القبول يجب أن تكون ثابتة بشكل يقينى فإذا كان سلوكه يمكن تفسيره بأكثر من معنى ، أو يعطى أكثر من مدلول ، فإنه لا يجوز اعتباره قبولا ضمنيا. ولهذا فإن تقدير أن ما صدر من المحكوم عليه من سلوك ، وما إذا كان يعد قبولا للحكم أم لا ، يخضع لسلطة المحكمة التقديرية ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى هذا الصدد متى استندت إلى أسباب سائغة[٧٦].

عمر: الإشارة السابقة ؛ كيش وفنسان: الإشارة السابقة ؛ فنسان وجينشار: الإشارة السابقة ؛ وانظر نقض ١٩٧٧/١١/٩ سنة ٢٢ ص ٨٦٩ ؛ نقض ١٩٧٤/١٢/١٥ سنة ٢٥ ص ١٤٤٣. لم يحدد القانون المصرى أو الفرنسى شكلا معينا لإعلان المحكوم عليه عن إرادته ، ولهذا فإن القبول يمكن أن يتم فى ورقة رسمية كإعلان على يد محضر أو بيان صريح أو بإبدائه شفويا وإثباته فى محضر الجلسة فى حالة رفع الطعن. أنظر:أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام فى قانون المرافعات رقم ٤١٦ ص ٨٣١.

(٧٥) وقيل فى تعريف القبول الضمنى " أنه سلوك من المحكوم عليه يدل دلالة واضحة على قبول الحكم". وجدى راغب: مبادئ ص ٦١٧. وفى معنى قريب منه" أن القبول الضمنى هو ما يستفاد من سلوك من له الحق فى الطعن ، لا يتفق مع إرادة الطعن فى الحكم بالطرق التى قررها القانون". فتحى والى: الوسيط رقم ٣٥٣ ص ٦٨٧ ؛ فى نفس المعنى نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ١٠٤٧ ص ١١٨٤ ؛ وأنظر: فنسان وجينشار: الإشارة السابقة ؛ وفى تعريف محكمة النقض قالت" هو أن يكون بقول أو عمل أو إجراء يدل دلالة واضحة لا تحتمل الشك على ترك الحق فى الطعن". نقض ١٩٧٤/١٢/١٥ سنة ٢٥ ص ١٤٤٣؛ وفى معنى قريب ؛ نقض ١٩٧٤/١٢/١٨ سنة ٢٥ ص ١٤٦٢ ؛ وقالت محكمة النقض الفرنسية فى تعريف القبول الضمنى" هو ما يستفاد من أعمال تتعارض مع إرادة رفع الاستئناف وتبين بوضوح نية الخصم المفترضة فى قبوله للحكم".

Civ., 2e, 26 novembre 1975, Bull. Civ. 11. p. 249.

(٧٦) أنظر: فتحى والى: الوسيط رقم ٣٥٣ ص ٦٨٧ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ١٠٤٦ ص ١١٨٣ ؛ ونقض ١٩٧٤/١٢/١٨ سنة ٢٥ ص ١٤٦٢.

١٥٣ = وقد أقام الفقه والقضاء[٧٧]، تمييزا بصدد واقعة تنفيذ الحكم اختيارا من المحكوم عليه ، بين التنفيذ المبنى على الإرادة الحرة للمحكوم عليه ويعد قبولا ضمنيا للحكم ، والتنفيذ المبنى على الضغط والإجبار ولا يعد قبولا ضمنيا له. ففى الحالة الأولى ، فإن اتجاه إرادة المحكوم عليه إلى تنفيذ حكم لم يحز بعد القوة التنفيذية ، دون أن يكون هناك ما يحمله على التنفيذ ، فإن هذا السلوك لا يحمل إلا على إرادة قبوله للحكم ، ذلك لأن عدم قابلية الحكم للتنفيذ ينفى وجود أى ضغط أو إجبار على إرادته لكى يقوم بالتنفيذ ، فإذا قام بالتنفيذ رغم ذلك فإن ذلك يكشف عن إرادة قبول الحكم ، ويضفى على التنفيذ الذى يقوم به صفة التنفيذ الإرادى. وفى الحالة الثانية ، فإن قيام المحكوم عليه بتنفيذ حكم حائز للقوة التنفيذية ، فإنه لا تتوافر لدى المحكوم عليه إرادة حرة مختارة فى تنفيذ الحكم ، ولا يحمل تنفيذه للحكم على محمل القبول ، ذلك لأن مبادرته إلى تنفيذ الحكم لا تفسر إرادة القبول لديه ، وإنما قد تكون رغبته فى تفادى التنفيذ الجبرى ، فهو إذعان إلى ما لا سبيل إلى منعه أو الحيلولة دون المضى فيه ، واذ يتم التنفيذ إذعانا وإجبارا فإنه ينفى إرادة

---

(٧٧) أنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٤٢٢ ص ٨٣٧ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣٥٣ ص ٦٨٧ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٦١٧ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ١٠٤٧ ص ١١٨٣ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٧٧ ص ١١٤ ؛ وفى الفقه الفرنسى : فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٩٢ ص ٨٢٤. ومن أحكام القضاء قول محكمة النقض'' إذا كان قيام الطاعن بتنفيذ الحكم الابتدائى اختيارا ، لا يدل على الرضا به ، لأن الحكم المذكور موصوف بالنفاذ المعجل وبلا كفالة ، فإذا لم ينفذ اختيارا نفذ جبرا ، وإذا ما تفادى المحكوم عليه التنفيذ الجبرى ، فإن ذلك لا يدل على قبول الحكم المطعون فيه وتركه الحق فى الطعن'' . نقض ١٩٧١/١١/٩ سنة ٢٢ ص ٨٦٩ ، وتقول فى حكم آخر'' تقديم العامل طلب إلى الشركة لتسوية مرتبه وصرف الفروق المقضى له بها لا يعد قبولا لما قضى به الحكم المطعون فيه''. نقض ٨/ ١٩٧٨/٤ طعن رقم ٥١ ، ٥٣ لسنة ٤٢ قضائية. ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية قولها'' أن تنفيذ حكم لم يحز بعد القوة التنفيذية دون تحفظ يعد قبولا ''.

Civ.2^e, 14 octobre 1981, Bull. Civ. 11, p. 119; Civ. 2^e, 27 février 1980, Bull. Civ. 11, p.30.; Civ. 1^re, 5 avril 1978 IR, p. 369; Civ. 2^e, 28 mai 1979, Bull. Civ. 11, p.107; Paris 17 déc. 1976 IR, p.385 obs. Julien.

قبولـــــه[٧٨].

وقد عزز القانون الفرنسى هذا الاتجاه بالحكم الوارد فى المادة ٢/٤١٠ مرافعات جديد ، والذى يقضى بأن تنفيذ المحكوم عليه لحكم لم يحز بعد القوة التنفيذية دون تحفظ'' sans réserve '' يعد قبولا للحكم. وهذا النص يعالج التنفيذ الاختيارى المبنى على الإرادة الحرة لحكم لم يحز بعد القوة التنفيذية ، وحمل تنفيذ الحكم فى هذه الحالة على محمل قبوله والرضا به ، وهو ما يستفاد منه أيضا أن تنفيذ المحكوم عليه الاختيارى لحكم حائز للقوة التنفيذية لا يعد قبولا من جانبه ، ما لم يكن مصحوبا بظروف استثنائية كما لوحظ فى الفقه[٧٩].

١٥٤ = وإذا كان التنفيذ الاختيارى لحكم غير حائز للقوة التنفيذية يحمل على إرادة قبوله والرضا به من المحكوم عليه ، فإنه قد يتم طرح هذا القبول أو الرضا الضمنى جانبا ، إذا صاحب التنفيذ إرادة صريحة بالتمسك بالطعن فى الحكم ، ويكون هكذا التعبير الصريح هو المعول عليه فى تحديد مضمون إرادة المحكوم عليه ، كأن يعبر المحكوم عليه صراحة أن ما يقوم به من تنفيذ لا يصدر عن إرادة قبول الحكم ، وإنما يتم على سبيل التحفظ من أجل تحقيق مصلحة أو توقى ضرر كوقف سريان الفوائد مثلا ، ويوصف التنفيذ فى هذه الحالة بالتنفيذ المقترن بتحفظ [٨٠] ، حيث يعبر المحكوم عليه صراحة عن وجهة نظره فــى

(٧٨) أنظر: أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها رقم ٧٧.

(٧٩) أنظـــــر:

Vincent (Jean) et Guinchard, Procédure civile, 22$^{ed.}$, n^{o} 1292, p. 824.

(٨٠) والتحفظ فى تعريف الفقه ، هو وسيلة ينفى بواسطتها من قام بالتنفيذ ، إرادة تنسب إليه بقبول الحكم. ولا يشترط فى التعبير عن التحفظ ، استخدام عبارات معينة أو ألفاظ مخصوصة ، فيجزئ فى وجوده أى تعبير يفيد تمسك المحكوم عليه بوجهة نظره ، وينفى عنه إرادة قبول الحكم رغم قيامه بالتنفيذ ، وقد لوحظ على التطبيق القضائى لفكرة التحفظ ، أن القضاء يمد من نطاق هذه الفكرة ، لكى يقيد من دلالة قبول الحكم ، الذى يمكن أن يستفاد من أى عمل يقوم به المحكوم عليه ، ولو لم يكن تنفيذا للحكم. لم يميز القضاء بصدد فكرة التحفظ ، بين الأحكام

الاحتفاظ بالحق فـى الطعن فى الحكـم[٨١]. ويكون التنفيذ مقترنا بتحفظ كذلك حتى لو لم يوجد التحفظ الصريح ، إذا اقترن التنفيذ بواقعة تشكك فـى إرادة قبول الحكم من المحكوم عليه ، فإنه يجب اعتبار أن الرضا أو القبول بالحكم غير قائم[٨٢]. ويكون الأمر كذلك ، إذا تم التنفيذ استنادا إلى إرادة معيبة فـإذا كانت إرادة المحكوم عليه مشوبة بعيب من عيوب الإرادة ، فإنه لا يجوز أن ينسب إلى المحكوم عليه إرادة قبول الحكم ، كأن يسارع المحكوم عليه إلى تنفيذ الحكم معتقدا أن الحكم حائز للقوة التنفيذية وأنه واجب التنفيذ ، فى حين أنه ليس كذلك ، فإنه يكون قد وقع فى غلط يعيب إرادته ، وهو ما ينفى عن المحكوم عليه إرادة قبول الحكم والرضا به[٨٣].

من ناحية أخرى ، فإنه إذا كان تنفيذ المحكوم عليه لحكم حائز للقوة التنفيذية لا يحمل على محمل قبوله للحكم ، لما يلابسه من ضغط وإجبار وهو ما ينفى عنه إرادة قبوله للحكم ، فإن هذا التنفيذ إذا صاحبته إرادة صريحة بقبول الحكم وإسقاط الحق فى الطعن ، وذلك إذا عبر المحكوم عليه عن إرادة قبول الحكم وإنهاء النزاع وفقا لما قضى به الحكم ، ففى هذه الحالة ، فإنه يجرى طرح إرادة عدم القبول لصالح

الحائزة للقوة التنفيذية وغيرها من الأحكام التى لا تحوز هذه القوة ، ولهذا فقد اعتبر التحفظ الصادر من المحكوم عليه فى حكم حائز للقوة التنفيذية عند تنفيذه له ، يقطع بعدم توجه إرادته إلى قبول الحكم. وقيل بحق تعليقا على هذا القضاء ، أن فكرة التحفظ لا يمكن تصورها ، إلا فى حالة تنفيذ المحكوم عليه ، لحكم لا يحوز القوة التنفيذية ، فالأصل فى هذا التنفيذ إرادة القبول ، لذا يتصور فى هذا المجال تحفظ من المدين ينفى إرادة القبول ، أما فى حالة تنفيذ الحكم الحائز للقوة التنفيذية ، فالأصل أن التنفيذ لا يصدر عن إرادة قبول ، وطالما انتفت هذه الإرادة ، فليس للتحفظ من دور يؤديه. فى تفصيل هذا الموضوع: أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٨٠ والهوامش الملحقة.

(٨١) أنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٤٢٢ ص ٨٣٧ ؛ أحمد ماهر زغلول : آثار إلغاء الأحكام رقم ٨٠.

(٨٢) أنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٤٢٢ ص ٨٣٧.

(٨٣) أنظر: أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام رقم ٤٢٢ ص ٨٣٧ ؛ أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق رقم ٨١ ص ١٢٣.

إرادة قبول الحـكم وإسقـاط الحق فى الطعـن[٨٤].

١٥٥ = ومتى وقع قبول الحكم من المحكوم عليه صحيحا أيا كانت صورته ، فأنه لا يجوز العدول عنه ، ويتحقق أثرة فى إسباغ الصفة الانتهائية على الحكم الابتدائى ، بما يحول بينه وبين الطعن بالاستئناف ، وبالتالى خلع القوة التنفيذيه عليه. ولا يتوقف تحقيق هذا الأثر على قبول المحكوم له ، لأن القبول تصرف من جانب واحد لا يحتاج إلى قبول ، لكن هذا القبول يكون ضروريا فى حالة الخسارة الجزئية ، لأن قبول أحد الطرفين يكون معلقا على شرط قبول الطرف الآخر. ولهذا فإن المادة ٢٣٧ مرافعات تجيز لمن قبل الحكم ثم فوجئ باستئناف خصمه للحكم أن يرفع استئنافا فرعيا للرد عليه ، حتى لو كان ميعاد الاستئناف قد انقضى ، وهو ما نصت عليه المادة ٤٠٩ مرافعات فرنسى التى جعلت من القبول المسقط للحق فى الطعن ، متوقفا على عدم رفع استئناف صحيح عن الحكم ، فإذا رفع الاستئناف فإن القبول لا ينتج أثره فى إسقاط الحق الطعن.

وقد طبق المشرع الفكرة ذاتها فى المادة ٢/٢١٨ مرافعات وذلك بمد ميعاد الاستئناف بالنسبة لمن فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم عند تعدد المحكوم عليهم ، فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن ، أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين. فإذا رفع الطعن من أحدهم فى الميعاد جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم الطعن فيه أثناء نظر الطعن ، المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما إليه فى طلباته[٨٥].

٥ – سقوط خصومة الاستئناف

١٥٦ = سقوط الخصومة هو وضع حد لما تم فيها من إجراءات ،

---

(٨٤) أنظر : أحمد ماهر زغلول: المرجع السابق رقم ٨٠.

(٨٥) أنظر فى عرض هذه الفكرة تفصيلا ما تقدم رقم ١٣٨، ١٣٩.

قبل بلوغ غايتها[٨٦] نتيجة لإهمال المدعى متابعة سيرها مدة معينة من الزمن[٨٧]، وهو الأساس الذى يستند إلية السقوط فى القانون المصرى ، طبقا للمادة ١٣٤ مرافعات معدلة ق ١٨ لسنة ١٩٩٩، ولهذا فإن أهم ما يميز فكرة السقوط طبيعتها الجزائية ، كأثر يرتبه القانون على مخالفة المدعى لواجبه فى تسيير الخصومة[٨٨]، وعدم متابعة سيرها كلما عرض لها عارض يؤثر على هذا السير ويؤدى إلى توقفها فترة معينة من الزمن. ولم يتفق الرأى حول أساس السقوط فى القانون الفرنسى ، فاتجه بعض الفقه نحو بناء السقوط على فكرة نزول المدعى عن دعواه ، لأن نية المشرع لم تتجه عند إنشاء نظام السقوط إلى فكرة المصلحة العامة أو إلى فكرة الإسراع بالفصل فى الدعوى[٨٩]. بينما يرى رأى آخر أن السقوط يستند إلى المصلحة العامة وحماية المدعى عليه ، لأن تراكم القضايا يربك المحاكم ويعوق سير العدالة ، وأن بقاء الخصومة

(٨٦) وهو جزاء يرجع إلى القانون الرومانى فقد كان الفصل فى الدعوى يجب ألا يتجاوز ثلاث سنوات وإلا حكم القاضى بالسقوط من تلقاء نفسه. أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٨٧ ص ٨٢١ ؛ أحمد أبو الوفا: انقضاء الخصومة بغير حكم ص ١٢.

(٨٧) أنظر: محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد رقم ٨٥٩ ص ٣٩٧ ؛ أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة ؛ فتحى والى: الإشارة السابقة ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٤٢٧. وقد أيد قضاء النقض هذه الفكرة فى أحكامه. أنظر: نقض ١٩٧٤/١٢/١٠ مجموعة الأحكام سنة ٢٥ ص ١٣٩٢ ؛ نقض ١٩٥٧/١٢/٧ مجموعة الأحكام سنة ٨ ص ١٣٢ ؛ نقض ١٩٦٦/٣/١٠ مجموعة الأحكام سنة ١٧ ص ٥٤٢ ؛ نقض ١٩٦٦/٦/٢٨ مجموعة أحكام النقض سنة ١٧ ص ١٤٥٢.

(٨٨) أنظر: وجدى راغب: فكرة الخصم فى قانون المرافعات ص ٦٣ ، مبادئ القضاء ص ٢٠٦ ؛ محمود هاشم: اعتبار الخصومة كأن لم تكن ص ٢٣. وفى واجب المدعى فى تسيير الخصومة واتخاذ ما يلزم من إجراءات لكى تعاود سيرها من جديد كلما عرض لها ما يؤثر على سيرها ، والجزاء المترتب على الإخلال بواجب التسيير فى القانون المصرى والقانون المقارن. المؤلف: مسئولية الخصم عن الإجراءات ص ٥٧٧ وما يليها. ومن قضاء المحاكم فى هذا الصدد قولها" المستفاد من المادة ٣٠١ مرافعات أن السير فى الدعوى واجب على المدعى. وعدم السير فيها بفعله أو امتناعه يترتب عليه لخصمه حق طلب الحكم بسقوط الخصومة". استئناف المنصورة ٧ مارس ١٩٥٥ المحاماة السنة ٣٥ ص ١٩٣٥.

(٨٩) أنظر:
J.VIATTE, Péremption d'instance, caducité et radiation, Gaz. Pal. 1974 (1er sem.) p. 372.

فـترة طويلـة يشـكل تهديـدا لمصـالح المدعـى علـيه نـتيجة للقلـق وعـدم الاستقرار(٩٠)، ولهذا تسقط الخصومة إذا بقيت فترة من الزمن دون أن يتابع المدعى سيرها ، ولا يكون السقوط إلا بناء على طلب المدعى عليه وحده ، فهو صاحب المصلحة فى التخلص من الإجراءات(٩١).

١٥٧ = والسقوط كجزاء يصيب الخصومة ويؤدى إلى زوالها ، فإنـه كمـا يتـناول خصـومة أول درجـة فإنـه يتـناول أيضـا خصـومة الاسـتئناف(٩٢)، وقد فرق المشرع فى الأثر المترتب على السقوط فى الحالتين ، فالسقوط فى خصومة أول درجة لا يتناول الحق فى الدعوى ، ولا ينـزع مـن المدعـى الحـق فـى بـدء خصـومة جديـدة طالمـا أن الحـق الموضـوعى مـا زال قائمـا(٩٣)، بينما السـقوط فى الاسـتئناف يؤدى إلى اعتبار الحكم المستأنف انتهائيا لا يجوز استئنافه مرة أخرى ، ويترتب على ذلك زوال الخصومة بصفة نهائية ، فلا يجوز تجديدها حتى لو كان ميعاد الاسـتئناف مـا زال ممتدا(٩٤)، هذا مـا نصـت عليه المـادة ١/١٣٨ مـرافعات بقولهـا'' مـتى حكـم بسـقوط الخصـومة فـى الاسـتئناف اعتـبر

---

(٩٠) أنظـــــــر:

CEZAR- BRU, Précis élémentaire de proc. civ., 1927, n.452, p.271.

(٩١) وقد وجد هذا الرأى بعض التأييد من بعض الفقه ، لأنه يقترب كثيرا من رأى آخر ، مفاده أن السقوط فى القانون الفرنسى ، لا يخرج عن كونه تنظيما مهجنا أو مختلطا ، لأنه يقترب كثيرا من فكرة المصلحة العامة ، ومن فكرة التنازل عن الخصومة ، وان كانت الفكرة الأولى المتعلقة بالمصلحة العامة ارجح من الثانية فى الوقت الحالى. أنظر: سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ٣ رقم ١١٩٤ ص ١٠٠٠.

(٩٢) أنظر: سوليس وبيرو: المرجع السابق رقم ١١٩٦ ص ١٠٠١.

(٩٣) أنظر: وجدى راغب: مبادئ ص ٥٧١ ؛ سوليس وبيرو: المرجع السابق رقم ١١٩٢ ؛ ١٢٢٤ ص ٩٩٩ ؛ ١٠٢٤ ؛ جـان فنسـان وسـيرجى جينشـار: المـرافعات المدنـية ط ٢٢ رقـم ١٢٨٨ ص ٨٢١

(٩٤) أنظر: أحمد أبو الوفا: التعليق على المادة ١٣٨ مرافعات ص ٦١٤. ومن قضاء محكمة النقض فى هذا الصدد قولها'' رتب قانون المرافعات أثرا خاصا لسقوط الخصومة فى الاستئناف وهـو اعتـبار الحكـم المسـتأنف انتهائيا . . . بـل إن ذات الحـق فـى الاسـتئناف يـزول فـلا يكـون للمستأنف أن يرفع استئنافا جديدا ، حتى لو لم يكن الحكم المستأنف قد أعلن إليه''. نقض ٥/١/ ١٩٥٨ سنة ٩ ص ٣٨٢.

الحكم المستأنف انتهائيا فى جميع الأحوال''. وقد رتب القانون الفرنسى النتيجة ذاتها على سقوط خصومة الطعن ، فعلى أثر الحكم بسقوط الخصومة فى الاستئناف أو المعارضة فإن الحكم يحوز قوة الأمر المقضى ، ويتحصن ضد الطعن بطرق الطعن العادية ، وقد ورد هذا الحكم فى المادة ٣٩٠ مرافعات جديد ، والتى تنص على أن سقوط الخصومة فى الاستئناف أو المعارضة يزود الحكم محل الطعن بقوة الأمر المقضى''force de la chose jugée ''(٩٥).

١٥٨ = لكن الحكم بسقوط الخصومة لا يكون ممكنا ما لم تتوافر شروط الحكم به ، حيث يتطلب القانون ركود الخصومة أى توقفها عن السير لعارض ألم بها وأثر عليها سيرها ، كوقف الخصومة تعليقيا(م ١٢٩ مرافعات) أو بحكم القانون(م ١٦٢مرافعات و م ٣١ من قانون المحكمة الدستورية العليا ٤٨ لسنة ١٩٧٩) أو الحكم بعد م الاختصاص والإحالة(م ١١٠ مرافعات) أو لنقض الحكم والإحالة إلى المحكمة المختصة(م٢٦٩ مرافعات) دون أن يكون هناك موعدا محدداً لنظرها أمام محكمة الإحالة. وأن يستمر ركود الخصومة لمدة ستة أشهر تحتسب من تاريخ آخر إجراء صحيح قام به الخصوم أو القاضى أو أحد معاونيه(٩٦). وأن يكون ركود الخصومة راجعا إلى إهمال المدعى فى اتخاذ ما يلزم من إجراءات لكى تتابع الخصومة سيرها ، فإذا كان ركود الخصومة لا يعود إلى إهمال أو تقصير المدعى ، فإنه لا يجوز الحكم بالسقوط ، وذلك إذا كان سير الخصومة يتوقف على نشاط المحكمة ، ولا يملك المدعى سلطة تحريكها كتأخير الفصل فى المسألة الأولية فى

---

(٩٥) وقد شبه احد الفقهاء سقوط الخصومة فى الاستئناف أو المعارضة بقبول الحكم ، من ناحية الأثر حيث لا يكون ممكنا رفع استئناف جديد(معارضة)، حتى لو لم يتم إعلان الحكم. أنظر : سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ٣ رقم ١٢٢٤ ص ١٠٢٤ ؛ وفنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٩١ ص ٨٢٣.

(٩٦) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٨٩ ص ٨٢٢.

الوقف التعليقى[٩٧].

بالإضافة إلى ذلك ، فإنه يلزم للحكم بالسقوط أن يتمسك المدعى عليه بالسقوط ، سواء فى صورة دعوى ترفع بالإجراءات المعتادة إلى المحكمة المقام أمامها الدعوى المطلوب الحكم بسقوط الخصومة فيها ، أو فى صورة دفع إذا عجل المدعى دعواه بعد انقضاء المدة(م ١٣٦ مرافعات)، لأن المحكمة لا تستطيع الحكم بالسقوط من تلقاء ذاتها ، ولا يستطيع المدعى التمسك به حتى لا يستفيد من إهماله[٩٨]. وعلى العكس من ذلك فإن الحكم بالسقوط فى القانون الفرنسى ، لا يتطلب وقوع خطأ من المدعى حيث يكفى بقاء الخصومة راكدة لمدة سنتين طبقا للمادة ٣٨٦ مرافعات جديد ، فالسقوط لا يستند إلى فكرة الجزاء ، ولهذا فإن طلب السقوط يمكن أن يقدم من أى من الخصوم المدعى أو المدعى عليه " par l'une quelconque des parties " طبقا للمادة ٣٨٧ مرافعات جديد[٩٩].

١٥٩ = وبتوافر شروط الحكم بسقوط الخصومة فإنه يجب على المحكمة الحكم به متى طلب منها ذلك ، دون أن يكون لها سلطة تقديرية فى الحكم بالسقوط من عدمه[١٠٠]، ولا يتحقق زوال الخصومة إلا إذا حكمت المحكمة بذلك فالسقوط لا يقع بقوة القانون[١٠١]، وهو ما يتفق مع

---

(٩٧) أنظر: فتحى والى: الوسيط فى قانون القضاء رقم ٣١٨ ص ٦٦٨ ؛ وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ٥٦٤.

(٩٨) أنظر: محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد رقم ٨٦٠ ص ٣١٨ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣١٩ ص ٦٧١ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٥٦٤.

(٩٩) أنظر:عرضا لطبيعة السقوط فى القانون الفرنسى. سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ٣ رقم ١١٩٤ ص ١٠٠٠ ؛ فنسان وجينشار: الإشارة السابقة.

(١٠٠) أنظر: محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد رقم ٨٦٦ ص ٤١١ ؛ أحمد أبو الوفا: انقضاء الخصومة ص ٦٢ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٥٦٤.

(١٠١) أنظر: سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ٣ رقم ١٢١٨ ص ١٠٢٠ ؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٩٠ ص ٨٢٣. وهناك اتفاق بينهما على عدم وقوع السقوط بقوة القانون ، وذلك انطلاقا من المادة ٣٨٨ مرافعات التى تقضى بوجوب طلب السقوط أو دفعه. وقد اتجه

ما نصت عليه المادة ١٣٧ مرافعات بأنه'' يترتب على الحكم بسقوط الخصومة سقوط الأحكام الصادرة فيها بإجراءات الإثبات وإلغاء جميع إجراءات الخصومة''. فقبل الحكم بالسقوط تظل الخصومة قائمة منتجة لكل آثارها ، وإذا تم تعجيلها رغم تحقق شروط سقوطها فإنها تعاود السير من جديد ، طالما أن المدعى عليه لم يتمسك بسقوطها ، فقد يرى أن مصلحته تقتضى صدور حكم فى موضوعها بل أنه قد يقوم بتسييرها بنفسه متنازلا عن توقيع جزاء السقوط.

١٦٠ = والأثر الهام الذى يترتب على سقوط الخصومة سواء فى أول درجة أو فى الاستئناف طبقا للمادة ١٣٧ مرافعات(م ٣٨٩ مرافعات فرنسى)، هو زوال الخصومة وما تم فيها من إجراءات وهو ما يؤدى إلى زوالها بأثر رجعى واعتبارها كأن لم تكن ، وزوال ما ترتب على إجراءاتها من آثار ، لكن السقوط لا يتناول الحق فى الدعوى ولا الإقرارات الصادرة عن الخصوم ولا الأيمان التى حلفوها ، ولا الأحكام القطعية والإجراءات السابقة عليها ، ولا أعمال الخبرة التى تمت. لكن المشرع خص السقوط فى الاستئناف بأثر هام ورد فى المادة ١/١٣٨ مرافعات(م ٣٩٠ مرافعات فرنسى)، وهو اعتبار الحكم المستأنف انتهائيا فى جميع الأحوال وهو ما يترتب عليه خلع القوة التنفيذية على الحكم من تاريخ الحكم بالسقوط.

وبحسب قضاء صادر عن محكمة النقض فإن انتهائية الحكم تحتسب من تاريخ ميعاد استئنافه فإذا لم يكن هذا الميعاد قد انقضى ،

بعض الفقه فى القانون المصرى ، نحو فكرة أن السقوط يقع بقوة القانون ، وأن الحكم بالسقوط هو حكم تقريرى. أنظر:فتحى والى : الوسيط رقم ٣١٨ ص ٦٦٨ ، لكن رأيا آخر يرى أن السقوط لا يقع إلا منذ لحظة الحكم به بناء على طلب الخصم. أنظر: فنسان وجينشار : الإشارة السابقة. وهذا الرأى يتفق مع فكرة الجزاء الذى يستند إليه السقوط فى القانون المصرى ، فلا يوقع إلا بناء على طلب صاحب المصلحة ولا تزول الخصومة إلا بحكم المحكمة ، تطبيقا لحكم المادة ١٣٧ مرافعات.

اعتبر انتهائيا من تاريخ الحكم بالسقوط[١٠٢]، وهذا يعنى أن انتهائية الحكم فى هذه الحالة ، هى أثر للحكم بالسقوط ، وأن الحكم يكتسب هذه الصفة من تاريخ الحكم بالسقوط ، بغض النظر عن ميعاد الاستئناف ، وما إذا كان هذا الميعاد ما زال ممتدا أو أنه قد انقضى ، ذلك لأنه حتى لو كان الميعاد ما زال قائما ، فإنه لا يجوز تجديد الخصومة مرة أخرى بسبب انتهائية الحكم. لكن تحقق هذه النتيجة ، يقتضى بقاء الحكم الصادر من محكمة أول درجة على الحالة التى كان عليها عند صدوره ، فلا تكون محكمة الاستئناف قد تناولت هذا الحكم بالتعديل أو الإلغاء قبل الحكم بسقوط الخصومة[١٠٣].

٦ ــ ترك الاستئنــــــاف

١٦١ = ترك الخصومة" d'instance désistement"أو التنازل عنها يعد مظهرا من مظاهر سلطان الإرادة فى المجال الإجرائى[١٠٤]، ولهذا فإن التنازل عن الخصومة لا يحتاج إلى إذن أو

(١٠٢) أنظر: نقض ١٩٧٦/٣/١٥ طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٤٢ قضائية.

(١٠٣) أنظر: نقض ١٩٥٨/٥/١ سنة ٥٩ ص ٣٨٢. واعتقد أن الحكم الوارد فى المادة ١/١٣٨ مرافعات يتضمن قاعدة عامة واجبة التطبيق ، فى الحالات التى تزول فيها خصومة الاستئناف ، بسبب إهمال أو تقصير المدعى فى متابعة الدعوى وتسييرها ، كالحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن طبقا للمادة ٧٠ ، ٨٢ ، ٩٩ معدله بالقانون رقم ١٨ لسنة ٩٩ فى حالة الوقف الجزائى ، ١٢٨ فى حالة الوقف الاتفاقى ، والمادة ١٤٠ مرافعات ، عند الحكم بانقضاء الخصومة. ومما يؤيد هذا الرأى ، ما ذهبت إليه محكمة النقض فى حكم لها حيث تقول" إذا كان الحكم بانقضاء الخصومة فى الاستئناف يترتب عليه ذات الآثار المترتبة على سقوط الخصومة بما فى ذلك اعتبار الحكم المستأنف انتهائيا وفقا للمادة ١٣٨ مرافعات". نقض ١٩٧٦/٣/١٥ سنة ٢٧ ص ٦٤١. فقد رتب حكم المحكمة السابق على واقعة الانقضاء تطبيقا للمادة ١٤٠ مرافعات ، ما يرتبه المشرع على السقوط فى الاستئناف طبقا للمادة ١/١٣٨مرافعات . وذلك طالما أن الأساس الذى يستند إليه زوال الخصومة فى الحالتين لم يتغير.

(١٠٤) لا يقتصر مجال الإرادة فى الخصومة المدنية ، على الترك أو التنازل ، وإنما يكون للخصوم وضع حد للخصومة بإرادتهم عن طريق إبرام صلح" transaction" أو قبول طلبات الخصم" acquiescement à la demande" أو التنازل عن الدعوى" désistement d'action ". أنظر فى تصنيف أسباب انقضاء الخصومة التى ترجع لإرادة الخصوم. أحمد مسلم: التأصيل المنطقى لأحوال انقضاء الخصومة - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - ١٩٦٠ عدد ١ ص ٦٧ وما بعدها.

ترخيص من القاضي[١٠٥]، حيث يقتصر دوره على مراقبة توافر شروطه ، وإثبات انقضاء الخصومة أو الفصل فيما ينشأ من منازعات بصدد زوالها[١٠٦]. وقد تضمنت المواد ١٤١ : ١٤٣ من قانون المرافعات الأحكام العامة للترك ، ويجرى تطبيقها أمام جميع المحاكم على اختلاف درجاتها حتى أمام محكمة النقض[١٠٧]، ومن أهمها ما يترتب على الترك من زوال للخصومة ، لكن الترك فى الاستئناف لا يحقق هذه النتيجة وحدها ، وإنما يؤدى إلى تحصين الحكم ضد الطعن فيه بحيث ينقلب إلى حكم انتهائي[١٠٨]، وهو ما يترتب عليه تزويده بالقوة التنفيذية. وقد ورد هذا الحكم فى المادة ٢٣٨ مرافعات والتى تنص على أن'' تحكم المحكمة فى جميع الأحوال بقبول ترك الخصومة فى الاستئناف إذا نزل المستأنف عن حقه أو كان ميعاد الاستئناف قد انقضى وقت الترك''. وهكذا فإن طلب الترك فى الاستئناف لا يكون مقبولا ما لم يتضمن التنازل عن الحق فى الطعن طالما أن ميعاد الطعن ما زال قائما ، أما إذا كان الميعاد قد انقضى فيكفى طلب الترك وحده لسقوط حق الطاعن فى الاستئناف[١٠٩].

---

(١٠٥) لا تعترف بعض النظم القانونية كالقانون البولندى بالإرادة المطلقة لأطراف الخصومة ، فطبقا لقانون المرافعات الصادر ١٩٦٤ ، فإن التنازل عن الخصومة وقبول الأحكام والصلح ، يخضع لإقرار وتصديق المحكمة التي يجوز لها عدم الاعتداد به ، إذا إتضح لها تناقضه مع القانون أو مبادئ العيش فى المجتمع أو يمس بشكل واضح مصلحة مشروعه لأحد الخصوم المواد ٤/٢٠٣ ، ٢/٢٢٣ مرافعات بولندى. أنظر: سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ٣ رقم ١١٥٣ ص ٩٦٦.

(١٠٦) أنظر: سوليس وبيرو: الإشارة السابقة.

(١٠٧) أنظر: أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٤٩١ ص ٦٢١ ؛ أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ٣٩٨ ص ٥٤٧ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٨٦٢ ص ٩٥٢.

(١٠٨) أنظر: أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٦٢٩ ص ٨٧٤ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣٢٦ ص ٦٠٦ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٦٣٦ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٩٩٢ ص ٩٥٢.

(١٠٩) ومن قضاء محكمة النقض قولها'' النزول عن الطعن أو ترك الخصومة بحسب تعبير قانون المرافعات متى حصل بعد انقضاء ميعاد الطعن ، فإنه يتضمن بالضرورة نزولا من الطاعن عن حقه فى الطعن ، إذ هو لا يستطيع ممارسة هذا الحق ما دام أن ميعاد الطعن قد انقضى''. نقض ١٩٧٣/٥/٢٢ سنة ٢٤ ص ٨٠٧ ؛ نقض ١٩٧٣/٢/٢٧ سنة ٢٤ ص ٣٣٦.

١٦٢ = لكن قبول الطلب يعتمد على إرادة [(١١٠)] الترك الصادرة عن المدعى فالترك لا يكون إلا منه [(١١١)]، وإذا تعلق الترك بخصومة الطعن فإن الترك يكون للطاعن وحده. لكن الخصومة لا تتعلق بمصلحة المدعى وحده وإنما تتعلق بها مصلحة المدعى عليه كذلك ، ولهذا فقد لا يكون كافيا فى بعض الحالات ، التعبير الصادر من المدعى أو الطاعن وحده للترك ما لم يصادفه إرادة قبول من المدعى عليه ، وهذا يقتضى أن يكون له الحق فى التمسك بالسير فى الخصومة ، وقد ربطت المادة ١٤٢ مرافعات بين هذا الحق ، وبين إبداء المدعى عليه لطلباته أو دفاعه أو دفوعه الموضوعية ، لأنه بعد تقديمها يكون قد باشر دعواه ويكون من مصلحته حسم موضوع النزاع ، حتى لا يبقى مهددا بدعوى جديدة ، قد ترفع عليه من المدعى فى المستقبل ، ولهذا فإنه لا يجوز أن ينفرد المدعى بالتصرف فيها [(١١٢)].

---

(١١٠) وقد أبرز الفقه هذا الجانب فى تعريفه للترك ، فهو عبارة عن إعلان المدعى التنازل عن الخصومة دون حكم فى موضوعها وذلك بالشكل والشروط التى يتطلبها القانون. أنظر: أحمد مسلم: أصول رقم ٥١٨ ص ٥٥١ ؛ أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٤٩١ ص ٦٢١ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣٢٥ ص ٦٠٥ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٥٧٤ ؛ أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ٣٩٧ ص ٥٤٥ ؛ محمود هاشم: قانون القضاء ص ٢٨١ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٨٥٩ ص ٩٤٧ ؛ وفى الفقه الفرنسى: سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ٣ رقم ١١٦٠ ص ٩٧١.

(١١١) وقد اتجه الفقه إلى ضرورة صدور الترك من المدعى وحده فهو صاحب الحق فيه. أنظر: فتحى والى: الوسيط رقم ٣٢٦ ص ٦٠٦ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٨٦٠ ص ٩٤٨.

(١١٢) أنظر: أحمد مسلم: أصول المرافعات رقم ٥١٨ ص ٥٥١ ؛ محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد المرافعات ج ٢ رقم ٨٩٦ ص ٤٤١ ؛ أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية رقم ٤٩١ ص ٦٢١ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣٢٥ ص ٦٠٥ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٥٧٧ ؛ أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ٣٩٧ ص ٥٤٥ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٨٦٠ ص ٩٤٨.
وقد كانت الحاجة إلى قبول المدعى عليه سببا فى إثارة الخلاف حول طبيعة الترك ، فاتجه رأى فى الفقه إلى تصويره على أنه عقد قضائى ، من منطلق الطبيعة الرضائية له ، فأساسه الوحيد إرادة الخصوم ، وما يتطلبه القانون من شكل لا يؤدى إلى فقده هذه الطبيعة. لهذا فإنه يجب أن

١٦٣ = ويترتب على هذه القاعدة أنه طالما أن المدعى عليه لا حق له فى التمسك بالسير فى الخصومة لعدم تقديم الطلبات ، فإن تنازل المدعى عن الخصومة يكون من جانب واحد ولا يحتاج إلى قبول من المدعى عليه ، وذلك إذا اكتفى المدعى عليه بتقديم طلبات يكون القصد منها التخلص من الخصومة ومن الحكم فيها(م١٤٢ مرافعات). كالدفع بعدم الاختصاص أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى أو ببطلان صحيفة الدعوى ، أو أى طلب يكون من شأنه منع المحكمة من المضى فى نظر الدعوى ، كالدفع باعتبار الخصومة كأن لم تكن لعدم التعجيل فى الميعاد(م٨٢ ، ٩٩ مرافعات)[١١٣]. ويكون الترك من جانب واحد أيضا حتى لو كان المدعى عليه له الحق فى التمسك بالسيز فى الخصومة ، إذا لم تكن له مصلحة مشروعة فى عدم قبول الترك. ويكون

يتوافر فى الترك الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الاتفاقات ، ومن تعبير عن إرادة خالية من العيوب. أنظر: سوليس وبيرو: قانون القضاء ج٣ رقم ١١٦٠؛ ويقترب منه. فنسان وجينشار: المرافعات رقم١٢١٩. إذ الترك ما هو إلا عرض من المدعى إلى المدعى عليه لكى يقبل انقضاء الخصومة دون حكم. بينما يرى رأى آخر ، أن الترك لا يشكل اتفاقا إلا فى حالات الترك الصريح الذى يتم فى ورقة رسمية أو عرفية متبادلة بين وكلاء الدعاوى. أنظر: سيزار برى: المرافعات رقم ٤٢٨ .ويقترب من هذا الاتجاه فى الفقه المصرى. فتحى والى: الوسيط رقم ٣٢٦. حيث يرى أن الترك اتفاق إجرائى. بينما يرى رأى آخر ، أن الترك تصرف قانونى إجرائى بإرادة منفردة ، هى إرادة المدعى أما قبول المدعى عليه فهو تصرف قانونى آخر ، يختلف فى مضمونه عن تصرف المدعى ، فالغرض منه ليس قبول تنازل المدعى عن مركزه فى الخصومة ، وإنما مضمونه هو تنازل المدعى عليه عن مركزه الذاتى فى الخصومة وعن حقه فى السير فيها. أنظر: وجدى راغب: مبادئ ص ٥٧٥. بينما يرى رأى آخر ، فى تحديد طبيعة الترك ، ضرورة التمييز بين ما إذا كان الترك يحتاج إلى قبول أم تكفى فيه إرادة المدعى وحده ، ويمكن تخديد ذلك بناء على مركز المدعى عليه فى الخصومة ومدى حقه فى الاعتراض على الترك ، فإذا ثبت حقه فى الاعتراض ، كان الترك بمثابة عقد قضائى. وإذا لم يثبت له حق الاعتراض على الترك كان لترك بمثابة تصرف قانونى بالإرادة المنفردة. أنظر فى عرض رأى'' كورنى وفوييه '' نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٨٥٩ ص ٩٤٧. وقد اتجه نحو تأييد الرأى السابق ، أنظر رقم ٨٦٠ ص ٩٤٩.

(١١٣) ويعيب نص المادة ١٤٢ مرافعات عدم التحديد ، فلم يضع معيارا حاسما لتحديد متى يكون هناك حاجة إلى قبول المدعى عليه ، لأن الدفع بعد الاختصاص والإحالة قد لا يكون القصد منه التخلص من الخصومة دون حكم ، وإنما أن تنظر الدعوى بواسطة محكمة أخرى. أنظر: أحمد أبو الوفا: المرافعات ص ٦٢٥ هامش ٤.

الأمر كذلك ، إذا كان الترك يؤدى إلى تخليصه من الخصومة دون أن يكون فى الإمكان تجديدها مرة أخرى ، ومثال ذلك ، أن يعلن المدعى عن إرادة ترك الخصومة بعد إبداء المدعى عليه لدفاعه الموضوعى ، فى الوقت الذى يؤدى فيه الترك إلى سقوط الحق الموضوعى المتنازع عليه(١١٤). وفى هذه الحالة ، فإن الترك يتمخض عن مصلحة محققه للمدعى عليه ، لعدم إمكان تجديد النزاع مرة أخرى ، لذا فإن اعتراضه على الترك لا يحقق له أى مصلحة مشروعة ويكون تعسفيا.

وقد أخضع القانون الفرنسى فى المادة ٣٩٦ مرافعات قبول المدعى عليه للترك لرقابة القاضى ، فإذا كان عدم قبوله لا يستند إلى أى باعث مشروع ، كان له أن يطرح هذا القبول جانبا ولا يعتد به ويحكم بتمام الترك(١١٥). ويكون الترك من جانب واحد كذلك ، لا يحتاج إلى

---

(١١٤) ويتحقق سقوط الحق الموضوعى ، إذا كانت المدة المسقطة للحق بالتقادم أقصر من الأجل الذى يمضى بين رفع الدعوى وتركها. ويترتب على الترك فى هذه الحالة ، ليس زوال الخصومة فقط ، بل وزوال الحق الموضوعى كذلك ومعه الحق فى الدعوى. فلا يجوز تجديد الخصومة مرة أخرى بعد ذلك ، ولهذا يشترط فى المدعى التارك أهلية التصرف. أنظر:نبيل اسماعيل عمر: أصول رقم ٨٦٠ ص ٩٤٨. ومن الأمثلة التى يسوقها الفقه لترك الخصومة دون حاجه إلى قبول من المدعى عليه إذا تضمن الترك تنازلا عن الحق الموضوعى ، أو تنازلا عن الحق فى الدعوى. والتنازل فى مثل هذه الحالات لا يحتاج من حيث المبدأ إلى قبول من المدعى عليه ، إذ لا مصلحة له فى منعه ، وإنما يحقق مصلحة له ، لذا فإنه يشكل تصرفا من جانب واحد يلزم له أهلية التصرف ، ومثل هذا التصرف لا يتناول الخصومة بصفة أصلية ، وإنما يؤدى إلى زوالها بصفة تبعية ، نتيجة للنزول عن الحق الموضوعى وإفراغ الخصومة من مضمونها ، أو نتيجة للنزول عن الحق فى الدعوى. وقد تناولت المادة ٣٨٤ مرافعات فرنسى هذه المسألة ، فأجازت التنازل عن الدعوى وجعلت منه سببا لزوال الخصومة بصفة تبعية ، كما قيدت المادة ٣٨٥ مرافعات من تجديدها مرة أخرى. أنظر: أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٤٩١ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٨٦٠ ص ٩٤٩ ؛ سوليس وبيرو: قانون القضاء رقم ١١٦٥ ص ٩٦٨ ؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٨٦ ص ٨٢٠ ؛ إيرون: قانون القضاء رقم ١٠٠٣.

(١١٥) وتقدير مشروعية القبول من عدمه تخضع لسلطة القاضى التقديرية ، ولا تتوقف عند الرفض الصريح لقبول الترك وإنما إذا اتخذ المدعى عليه موقفا سلبيا بالامتناع عن الرد. أنظر: سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ٣ رقم ١١٦٤ ص ٩٧٦. وقد أجاز الفقه والقضاء فى مصر التعسف فى الاعتراض على الترك ، إذا لم يكن للمدعى عليه مصلحة مشروعة فى الاعتراض. أنظر: أحمد أبو الوفا: الأحكام رقم ٤٩١ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣٢٦ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٥٧٧ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٨٦٠ . ومن أحكام محكمة النقض قولها" لا

قبول من المدعى عليه ، إذا وقع الترك قبل انعقاد الخصومة أى قبل إعلان صحيفة الدعوى إلى المدعى عليه. وطبقا للمادة ٣/٦٨ مرافعات معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ فإن الخصومة تنعقد كقاعدة ، بإعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى إعلانا صحيحا ، وتنعقد استثناء بحضور المدعى عليه الجلسة المحددة لنظر الدعوى ، وقبل أن تنعقد الخصومة فإنه لا يكون للمدعى عليه مباشرة مركزه فى الخصومة ولا يكون له حق التمسك بالسير فيها[١١٦].

١٦٤ = والترك فى خصومة الاستئناف لا يحتاج إلى قبول من المطعون عليه طبقا للمادة ٢٣٨ مرافعات ، لأن الترك لا يترتب عليه فقط زوال خصومة الاستئناف وعدم جواز تجديدها مرة أخرى ، وإنما إلى تحصين الحكم المطعون فيه ضد المساس به بطريق الاستئناف بحيث ينقلب إلى حكم انتهائى. ولهذا فإن الترك فى الاستئناف طبقا لهذا النص يقتضى ألا يقتصر طلب الترك على خصومة الاستئناف.وإنما التنازل كذلك عن الحق فى الطعن فى الحكم بالاستئناف ، وذلك إذا كان ميعاد الطعن مازال قائما ، فإذا كان هذا الميعاد قد انقضى فيكفى طلب الترك وحده ، لأن المستأنف فى الحالتين سوف يفقد حقه فى الاستئناف نهائيا.

والترك فى هذه الحالة ، لا يحتاج إلى قبول من المستأنف عليه ، حتى لو كان قد قام بتقدم طلبات موضوعية أو قام برفع استئنافا فرعيا عن الحكم[١١٧]، وغاية ذلك أن المشرع لم يغفل مصلحة المستأنف عليه

حاجة لقبول الخصم الآخر ترك الخصومة ، عند انتفاء مصلحته المشروعة فى استمرار الخصومة''. نقض ١٩٧٨/٥/١١ طعن رقم ٨٥٤ سنة ٤٥ قضائية.

(١١٦) أنظر: وجدى راغب: مبادئ ص ٥٧٧.

(١١٧) أنظر: أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٦٢٩ ص ؛ وجدى راغب: مبادئ ص٦٣٦؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٨٦٢ ص٩٥٢. وقضت محكمة النقض فى هذا الخصوص فى حكم لها بقولها'' إذا طلب المستأنف فى الاستئناف الأصلى بعد انقضاء مواعيد الاستئناف إثبات تركه

وإنما عمل على رعايتها والمحافظة عليها ، ذلك لأن ترك الاستئناف لا يزيل إجراءات الخصومة وحدها ، وإنما يمنع من تجديدها مرة أخرى ، لأن المستأنف يفقد حقه فى الطعن ويتحصن الحكم ضد الطعن فيه بالاستئناف.

لكن الترك فى الاستئناف قد يكون فى حاجة إلى قبول المستأنف عليه ، إذا وقع الترك طبقا للقواعد العامة لترك الخصومة[١١٨]، خاصة أن هذه القواعد لا تمنع من تجديد الاستئناف طالما أن الميعاد مازال قائما وذلك فى الحالات ، التى يتضمن فيها الترك تحفظا يتيح إمكانية رفع الاستئناف من جديد ، أو التى ينشأ فيها للمستأنف عليه الحق فى السير فى الخصومة ، إذا كان قد قدم طلباته الموضوعية أو رفع استئنافا فرعيا لكنه إذا كان قد تمسك بدفع يمنع المحكمة من المضى فى نظر الاستئناف فإن الترك فى هذه الحالة لا يكون فى حاجه إلى قبول[١١٩].

للخصومة فيه ، فإن الحكم بالترك لا يتوقف على قبول المستأنف عليه ولو كان قد أبدى طلباته أو أقام استئنافا فرعيا. إذا لا مصلحة له فى الاعتراض على الترك بعد أن أصبح فى مأمن من إقامة استئناف جديد ، لنزول المستأنف عن حقه فى الاستئناف أو لانقضاء ميعاد الاستئناف وقت الترك ". نقض ١٩٧٦/١١/٢٩ طعن رقم ٨٤٥ لسنة ٤٣ قضائية.

(١١٨) وقواعد الترك كما وردت فى المواد من ١٤١ : ١٤٣ مرافعات تطبق على خصومة الطعن بالالتماس وخصومة الطعن بالنقض كذلك ، وإذا كان الترك فى الالتماس يؤدى إلى زوال الإجراءات ، فإنه يجرى التمييز بين ما إذا كان الترك قد حدث ، قبل قبول الالتماس ، وفى هذه الحالة يظل الحكم المطعون فيه قائما ، وبين حدوث الترك بعد قبوله ، حيث يترتب على قبول الطعن زوال الحكم وعودة الأطراف إلى الحالة التى كانوا عليها قبل الحكم ، إذا كان مرفوعا أمام محاكم أول درجة ، وإذا كان مرفوعا أمام محاكم ثانى درجة ، فإن حكم محكمة أول درجة يظل قائما. لكن يجوز تجديد الالتماس مرة أخرى ، إذا كان الميعاد ممتدا. أما فى خصومة النقض فإنه يحوز تركها دون حاجة إلى قبول المطعون عليه ، إذ لا يتصور منه تقديم طلبات متعلقة بالموضوع أو دفعا موضوعيا. أنظر: نبيل إسماعيل عمر: أصول المرافعات رقم ٨٦٢ ص ٩٥٢.

(١١٩) أنظر: أحمد مسلم: أصول رقم ٩٥٧ ص ٧١١ ؛ محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد ج ٢ رقم ٩٠٠ ص ٤٤٧ ؛ أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٦٢٩ ص ٨٧٤ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣٢٦ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٦٣٦ ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٨٦٢ ص ٩٥٢.

١٦٥ = وقد عالج القانون الفرنسى ترك الخصومة ، فى المواد من ٣٩٤ : ٣٩٩ من قانون المرافعات الجديد ، والتى تتضمن القواعد العامة للترك[١٢٠]، بحيث يكون متوقفا على إرادة صادرة من المدعى لكن الترك لا يتحقق إلا بقبول المدعى عليه ، لكن هذا القبول لا يكون له محل ، إذا كان المدعى عليه لم يقدم دفاعا موضوعيا'' défense au fond '' أو دفعا بعدم القبول''fin de non-recevoir''أو إذا كان عدم القبول لا يستند إلى أى باعث مشروع ، ورتبت على الترك زوال الخصومة وحدها دون الحق فى الدعوى. وقد عالج الترك فى خصومة الاستئناف بقواعد خاصة تضمنتها المواد ٤٠٠ : ٤٠٥ مرافعات[١٢١] ، والتى تنص على أن الترك فى الاستئناف ليس فى حاجة إلى قبول ، إلا إذا تضمن الترك تحفظا أو كان الخصم الموجه إليه الترك ، قد قدم فى وقت سابق استئنافا فرعيا أو طلبا عارضا''demande incidente'' ويترتب على الترك فى الاستئناف قبول الحكم'' acquiescement au jugement'' وهو ما يؤدى إلى خضوع المحكوم عليه للحكم وما تضمنه من قضاء والتنازل عن طرق الطعن ، طبقا لنص المادة ٤٠٩ مرافعات[١٢٢].

١٦٦ = وترك الخصومة هو تصرف إجرائى إرادى يجب أن يصدر عن إرادة صحيحة خالية من العيوب ، وإثبات وجود العيب يقع على عاتق من يدعيه طبقا للقواعد العامة ، مع وجوب توافر الأهلية

---

(١٢٠) أنظر فى تفاصيل هذا الموضوع: سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ٣ رقم ١١٦٣ ص ٩٧٤ ؛ فنسان وجينشار: المرافعات المدنية رقم ١٢٨٣ ص ٨١٨ ؛ جينشار: التعليق على قانون المرافعات الجديد والمادة ٤٠٠ وما يليها.

(١٢١) وقد عالجت المادة ١٠٢٤ مرافعات جديد الترك أمام محكمة النقض ، والتى تنص على أن الترك لا يكون بحاجة إلى قبول إلا فى حالتين ، إذا اقترن الترك بتحفظ أو فى حالة تقديم طعن فرعى فى وقت سابق. أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٨٣.

(١٢٢) أنظر: سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ٣ رقم ١١٥٧؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٨٣، ١٢٨٤ ص ٨١٨، ٨٢٠.

اللازمة لهذا التصرف ، ويكفى توافر الأهلية الإجرائية فى المدعى التارك والمدعى عليه متى كان قبوله لازما للاعتداد بالترك ، أما القاصر المأذون لـه فى التقاضى فيكفى هذا الأذن للترك(١٢٣). ويجب صدور تعبير صريح عن إرادة الترك ، وان تكون هذه الإرادة غير مقترنة بتحفظ أو بشرط يهدف إلى التمسك بالخصومة أو بأى أثر من الآثار المترتبة عليها(١٢٤).

وأن يكون التعبير عن الإرادة فى الشكل المقرر قانونا ، وذلك إما أن يكون بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر ، أو ببيان فى مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها ، على أن يكون الوكيل مفوضا تفويضا خاصا ، أو بابداء الترك شفويا وإثباته فى محضر الجلسة(م١٤١ مرافعات). وعلى العكس من ذلك ، فإن الترك فى القانون الفرنسى يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا(م٣٩٧ مرافعات جديد)، ويكون صريحا بالتعبير عنه فى أى شكل سواء أكان مكتوبا أو شفويا ، وإذا كان ضمنيا فإنه يستفاد من أى عمل يصدر عن التارك ، ويتعارض مع الرغبة فى استمرار الخصومة ، وغالبا ما يكون التعبير صريحا فى شكل إجراء قضائى ، كالإعلان الشفوى بالجلسة أو بعمل موجه من المحامى إلى محامى الخصم موقع من الخصم نفسه أو من

(١٢٣) أنظر: أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٤٩١ ص ٦٢١؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣٢٦ ص ٦٠٦؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٥٧٦؛ أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ٣٩٨ ص ٥٤٧؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٨٦٠ ص ٩٤٨. وفى الفقه الفرنسى: سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ٣ رقم ١١٦١ ص ٩٧٢؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٨١ ص ٨١٨. ومن قضاء محكمة النقض قولها" ترك الخصومة تصرف إرادى ، فيبطل إذا شابه عيب من العيوب المفسدة للرضا". نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ طعن ٣٢ سنة ٤٥ قضائية. وتقول فى حكم آخر" عدم تقديم الطاعن دليلا على أن تنازله عن الطعن كان نتيجة إكراه. أثره عدم الاعتداد برجوعه". نقض ١٩٧٢/٥/٢٢ سنة ٢٤ ص ٨٠٧.

(١٢٤) أنظر: فتحى والى: الوسيط رقم ٣٢٦ ص ٦٠٦. وإن كان فى الفقه من يرى أنه ليس هناك ما يمنع من اقتران الترك بتحفظ ، يحدد مداه أو يخضع تحققه لشرط. أنظر: سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ٣ رقم ١١٦١ ص ٩٧٢.

المحامى بمقتضى تفويض خاص ، يفترض حصوله عليه طالما كان مزودا بوكالة عن الخصم(م٤١٧ مرافعات جديد)، أو بعمل غير قضائى كخطاب أو ورقة عرفية من المدعى إلى المدعى عليه[١٢٥]. ويجوز الترك فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، وحتى قفل باب المرافعة[١٢٦] ، وإن كان هناك من يرى أنه يجوز حتى بعد قفل باب المرافعة وحتى الحكم الذى تنتهى به الخصومة[١٢٧]. لكن الترك لا يجوز فى المسائل المتعلقة بالنظام العام كدعاوى شهر الإفلاس ودعاوى الإعسار لأن المصلحة العامة تقتضى السير فى الدعوى ، حتى لو تخلى المدعى عنها[١٢٨]، وقد أجازت المادة ٣٩٤ مرافعات فرنسى ترك الخصومة فى كل المسائل'' en toute matière ''. وهو ما دعا الفقه إلى القول بأن التنازل عن الخصومة جائز فى كل المسائل حتى المتعلقة بالنظام العام ، من منطلق أن التنازل عن الخصومة لا يمس الدعوى أو الدفاع عن الحقوق ، وليس هناك ما يحول بين المدعى وبين التنازل عن طلب كان بإمكانه عدم تقديمه[١٢٩].

٧ - الاستناد إلى اليميـــــن

١٦٧ = اليمين الحاسمة وسيلة من وسائل الإثبات بها يحتكم

(١٢٥) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٨٢ ص ٨١٨.
(١٢٦) أنظر: نبيل إسماعيل عمر: أصول رقم ٨٦٠ ص ٩٤٨.
(١٢٧) أنظر: أحمد أبو الوفا: المرافعات رقم ٤٩١ ص ٦٢١؛ فتحى والى: الوسيط رقم ٣٢٦ ص ٦٠٦؛ أحمد السيد صاوى: الوسيط رقم ٣٩٨ ص ٥٤٧.
(١٢٨) أنظر: أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة ؛ نبيل إسماعيل عمر: أصول ٨٦٠ ص ٩٤٨. وقد اتجهت محكمة النقض فى أحكامها نحو هذا الاتجاه ، حيث تقول: أنه وإن كان ترك الخصومة جائز فى كل الأحوال . . . إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء لم يتضمنه نص المادة ١٤٢ مرافعات قوامه عدم جواز الترك إذا تعلق موضوع الدعوى بالنظام العام ، اعتبارا بأن الحقوق المتصلة به ينبغى ألا يكون مصيرها متوقفا على اتفاقات متروك مصيرها لإرادة الإفراد''. نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ طعن ٣٢ سنة ٣٥ قضائية ؛ نقض ١٩٧٧/٥/٢١ طعن رقم ٤٩٩ سنة ٤٢ قضائية.
(١٢٩) أنظر: سوليس وبيرو: قانون القضاء رقم ١١٦٥ ص ٩٧٧؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ١٢٧٩ ص ٨١٧.

الخصم إلى ذمة وضمير خصمه بتوجيه اليمين إليه[١٣٠]، إذا أعوزه الدليل أو فضل هذه الوسيلة وتنازل عن الأدلة التى فى حوزته[١٣١]، وعلى الخصم الآخر أن يستجيب لهذه الدعوة وألا يتهرب من أداء اليمين حتى لا يترك خصمه أمام استحالة إثبات دعواه[١٣٢]. وقد نظم قانون الإثبات هذه الوسيلة فى المواد من ١١٤ : ١٣٠ وكانت تنظمها المواد من ٤١٠ : ٤١٧ من القانون المدنى ، والمواد ١٧٥ : ١٨٤ من قانون المرافعات السابق. وتنظمها فى القانون الفرنسى المواد من ١٣٥٧ : ١٣٦٩ من القانون المدنى ، والمواد من ٣١٧ : ٣٢٢ من قانون المرافعات الجديد .

وقد رتبت هذه القواعد على صدور الحكم مستندا إلى اليمين حسم المسائل المتنازعة التى وجهت بشأنها اليمين بصفة نهائية ، بحيث لا يجوز العودة إليها مرة أخرى ، وبما يترتب على ذلك من عدم جواز

---

(١٣٠) وتعد اليمين الحاسمة صورة من صور المعاونة فى الإثبات ، حيث يفرض القانون على الخصم الذى لا يتحمل بحكم مركزه فى الخصومة واجب التعاون مع خصمه فى إظهار حقيقة المركز الذى يدور حوله النزاع ، عن طريق تقديم ما فى حوزته من أدلة ووسائل إثبات ، فى الحالات التى يجيز فيها القانون ذلك ، لكن تقديم الخصم لواجب المعاونة يحتاج إلى عدة شروط : ١ - أن يكون الدليل الذى يريد الخصم الاستناد إليه يجوز تقديمه قانونا ٢ - أن يكون الدليل لازما للحكم فى النزاع أى منتجا فيه ٣ - ألا يكون هناك مانع يحول دون تقديمه. وقد نظم القانون الإنجليزى هذا الواجب فى المادة ٢٤ من قواعد المحكمة العليا ، التى تفرض على الخصوم كشف ما لديهم من مستندات متعلقة بالقضية خلال ميعاد معين ، دون حاجة إلى طلب أو قرار من المحكمة ، وتشمل المستندات التى فى صالح الخصم والتى فى صالح خصمه ، ولكل خصم الحق فى الحصول على قائمة بكل المستندات الخاصة بالنزاع والتى فى حوزة خصمه. أنظر فى واجب المعاونة فى الإثبات: للمؤلف: مسئولية الخصم عن الإجراءات - رسالة عين شمس ١٩٨٨ ص ٦٠٨ وما يليه.

(١٣١) ومن قضاء المحاكم قول المحكمة'' اليمين الحاسمة طريقة من طرق الإثبات التى خولها القانون للخصم ، ويجب حتما قبول توجيهها متى كانت تؤدى إلى نتيجة مفيدة حاسمة للنزاع بدون ضرورة إلى وجود مبدأ ثبوت أيا كان''. أخميم جزئى ١٨ فبراير ١٩٢٤ مرجع القضاء ص ٢٠٤٦.

(١٣٢) ومن قضاء المحاكم فى هذا الخصوص قول المحكمة'' تخلف الخصم المطلوب تحليفه اليمين الحاسمة عن الحضور بالجلسة المحددة لحلفها يعتبر نكولا عنها يترتب عليه أن الواقعة المراد إثباتها باليمين تعتبر صحيحة''. قوص جزئى ١٣ أكتوبر ١٩٢٠ مرجع القضاء ص ٢٠٥٣.

استئناف الحكم[١٣٣] وبالتالى تزويده بالقوة التنفيذية.

ولكى يحقق القانون هذه النتيجة فإنه لا يجوز طبقا للمادة ١١٧ إثبات ، ١٣٦٣ مدنى فرنسى إثبات كذب اليمين بعد حلفها أو ردها.، ذلك لأن القانون يعتبر الوقائع المدعاة ثابتة على نحو مطلق كأثر لليمين[١٣٤]، بحيث لا يجوز إثبات العكس ، ولا يكون من الممكن قانونا طرح المسألة التى تم الفصل فيها على القضاء مرة أخرى.

وقد أجاز القانون فى المادة ١١٧ إثبات طلب التعويض والطعن فى الحكم ، وذلك إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى ، وهو ما يمكن أن يتحقق إذا حركت النيابة العامة الدعوى العمومية ، سواء بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفسها ، وثبت كذب اليمين بحكم جنائى. وإذا كان النص السابق لم يحدد طريق الطعن الواجب الاتباع فإنه يمكن أن يكون الاستئناف إذا كان الحكم قابلا للطعن بهذا الطريق ، وباعتبار أن الكذب

(١٣٣) أنظر :نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ طعن رقم ٣٤٠ سنة ٤٥ قضائية ؛ نقض ١٩٧٨/٣/٢٠ طعن رقم ٨٨٢ سنة ٤٥ قضائية ؛ نقض ١٩٧٦/٤/٦ سنة ٢٧ ص ٨٧٢ ؛ نقض ١٩٨٧/٦/١٠ طعن رقم ٩٤٧ سنة ٥٣ قضائية. وأنظر فى أحكام القضاء الفرنسى:

Req.13 mars 1900 S.1900, 1, 448; Civ. 1er. sect. civ. 14 mars 1966, D.1966, 541, Sem. Jur. 1966, 11, 14614, note J.A.; Rev. Trim. Dr. Civ. 1966, 515, ob. P. Raynaud.

وأنظر فى الفقه الفرنسى: سوليس وبيرو: قانون القضاء رقم ٩٩١ ص ٨٤٤؛ بلانيول وريبير: القانون المدنى رقم ١٥٧٧ ص ١٠٥١؛ ويل وتيريه: القانون المدنى رقم ٤٣٤ ص ٤١١.

(١٣٤) أنظر: بلانيول وريبير: القانون المدنى رقم ١٥٧٨ ص١٠٥١. وإثبات كذب اليمين فى القانون الفرنسى يجرى طبقا للمادة ٣٦٦ عقوبات ، ولا يكون ذلك إلا عن طريق تحريك الدعوى العمومية عن طريق النيابة العامة ، وقد عارض جانب من الفقه إمكان الطعن فى الحكم المستند إلى اليمين فى حالة ثبوت كذبها بحكم جنائى ، استنادا إلى الطبيعة التصالحية لليمين ، وإلى عبارات المادة ١٣٦٣ مدنى ومبدأ حجية الأمر المقضى ، ولا يكون للخصم إصلاح آثار اليمين إلا إذا ثبت أن توجيه اليمين كان عن طريق الإكراه أو الغش. أنظر فى هذا الرأى: بلانيول وريبير: المرجع السابق رقم ١٥٨١ ص ١٠٥٤؛ جارسونية وسيزار: المطول ج ٦ رقم ٢٣١٢ ص ٣٩٩؛ سوليس وبيرو: قانون القضاء ج ٣ رقم ١٠١٢ ص ٨٥٨. لكن التعديلات التى أدخلها المشرع على الطعن بالالتماس فى المادة ٥٩٥ مرافعات جديد ، وأجازت فى الفقرة الرابعة ، الطعن فى الحكم بالالتماس فى حالة ثبوت كذب اليمين ، يلقى ظلالا من الشك حول الفكرة التى دافع عنها الرأى السابق. أنظر: ويل و تيريه: القانون المدنى رقم ٤٣٤ ص ٤١١.

يعد غشا[١٣٥] فإنه يؤدى إلى فتح ميعاد الاستئناف طبقا للمادة ٢٢٨ مرافعات ، على أن يحتسب الميعاد من تاريخ صدور الحكم الجنائى بإثبات كذب اليمن ، وإذا لم يكن الحكم قابلا للطعن بهذا الطريق ، فإنه يمكن الطعن فيه بالتماس إعادة النظر طبقا للمادة ١/٢٤١ مرافعات.

١٦٨ = لكن تحقيق اليمين لآثاره يقتضى أن يكون توجيه لليمين من الخصم إلى خصمه الآخر(م ١١٤ إثبات)، على أن يكون الخصم الحقيقى فى الدعوى بحيث يكون حلف اليمين حاسما للنزاع ، ولهذا فإنه يشترط أن ترد اليمين على واقعة متعلقة بالدعوى ، بحيث يكون الحلف عليها منهيا للنزاع ، فلا ترد اليمين على المسائل التى تكون متعلقة بالقانون[١٣٦]، وأن تكون واقعة مشروعة فلا يجوز توجيه اليمين فى واقعة غير مشروعة ، يستوى فى ذلك أن يكون عدم المشروعية ناشئا من كونها جريمة أو مخالفتها للنظام العام(م ١١٥ إثبات)[١٣٧]، وأن تكون متعلقة بشخص الحالف ولهذا لا يكون مقبولا تحليف الوارث على أمر متعلق بشخص المورث ، إلا إذا كانت اليمين واردة على العلم من عدمه ، كما يشترط أهلية التصرف فى الحق المتنازع بين أطراف اليمين

---

(١٣٥) أنظر فى الخلاف الفقهى حول ما إذا كان الكذب يعد غشا أم لا ، ودفاع بعض الفقه عن أن مجرد الكذب لا يعد غشا. فتحى والى : الوسيط رقم ٣٦٣ ص ٨٢٥. بينما ذهب الرأى الغالب فى الفقه والقضاء إلى أن تأكيد واقعة كاذبة أمام القضاء يعد غشا. جارسونيه وسيزار: المرجع السابق رقم ٢٣٢١ ص ٣٩٩؛ وحكم استئناف ٥ مايو ١٩٣٠ مرجع القضاء ص ٢٣٢٥؛ استئناف ٥ ديسمبر ١٨٨٨ مرجع القضاء ص ٢٣٢٧؛ استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٥؛ استئناف ١٤ ديسمبر ١٩٢٥ مرجع القضاء ص ٢٣٢٢؛ استئناف ٢ يناير ١٩٢٨ مرجع القضاء ص ٢٣٢٣؛ أسيوط جزئى ١٩ نوفمبر ١٩٢٥ مرجع القضاء ص ٢٣٢٢. وللمؤلف: مسئولية الخصم عن الإجراءات ص ٦٧٦.

(١٣٦) وقضى فى هذا الخصوص" أنه فى دعوى الشفعة إذا أريد إثبات صورية الثمن وجب توجيه اليمين للمشترى لا البائع ، وفى إثبات أن الشفيع مسخر لمصلحة البائع ، يجب توجيه اليمين للشفيع لا البائع". استئناف مختلط ١٣ يناير ١٩٠٧ مجموعة رقم ١٧ ص ١٠٣؛ مشار إلى هذا الحكم . محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد المرافعات المدنية والتجارية ص ٦٢٦ هامش ١.

(١٣٧) أنظر: محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد رقم ١٠٢٤ ص ٦٢٢؛ فتحي والى: الوسيط رقم ٣٠١ ص ٦٢٠.

لأن من أثر توجيه اليمين أن يفقد أحدهما هذا الحق[١٣٨]، ولهذا فإنه لا يجوز للقاضى توجيه اليمين من تلقاء نفسه ، لكن ذلك لا يحول بينه وبين الإذن فى توجيه اليمين والتحقق من توافر شروط هذا التوجيه ، ولا يجوز للنائب أن يوجه اليمين إلا إذا كانت وكالته تجيز له ذلك صراحة ، وكذلك لا يجوز للوصى إلا فيما يجوز له التصرف فيه(م ٣/١١٥ إثبات). ولا يجوز التوكيل فى أداء اليمين فلا يجوز توجيه اليمين إلا للخصم الحاضر بشخصه فى الخصومة ، فلا يصح توجيهها لشخص حاضر بصفته وكيلا أو نائبا عن غيره ، لأن اليمين تتعلق بذمة الحالف فلا يستطيع شخص أن يحلف عن أمر متعلق بذمة غيره[١٣٩].

١٦٩ = ويجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه إلا أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه(م ٢/١١٤ إثبات)، ولا يجوز لمن يوجه اليمين أو يردها أن يرجع فى ذلك متى قبل خصمه أن يحلف(م ١١٦ إثبات). ولهذا فإن سحب توجيه اليمين أو الرجوع عن ردها ، يجوز طالما أن الخصم الآخر لم يقبل أداء اليمين. ويتعين على من وجهت إليه أن يؤديها فإذا لم يفعل أو لم يردها على خصمه فإنه يعد ناكلا ، كما يعد كذلك من ردت عليه فلم يحلفها(م ١١٨ إثبات).

ويعد فى حكم النكول تخلف الخصم المطلوب تحليفه عن الحضور دون عذر مقبول(م ١٢٤ إثبات). والنكول عن اليمين فى حكم المادة ١١٨ إثبات والمادة ١٣٦١ مدنى فرنسى يؤدى إلى اعتبار الواقعة التى

---

(١٣٨) أنظر: لبيب شنب: الإثبات ص ١٠٧.

(١٣٩) وقضى بضرورة أن يكون الشخص الموجه إليه اليمين خصما فى الدعوى وبأنه لا يجوز توجيهها لشخص لم يكن وجوده فى الدعوى بصفته خصم. استئناف مختلط ٩ يناير ١٩١٣ مج م ٢٥ ص ١٢٦. ويجب أن يكون الخصم الحقيقى فى الدعوى. أنظر: محمد وعبد الوهاب العشماوى: قواعد ص ٦٢٦ حاشية ١.

نكل الخصم عن الحلف عليها صحيحة ، ويتعين على القاضي الحكم عليه لصالح الخصم الآخر .

١٧٠ = ونتيجة لأثر اليمين الحاسم فى إنهاء النزاع ، فقد عزى هذا الأثر لإرادة أطرافه ، وذلك إما فى صورة اتفاق على الصلح'' transactionnelle '' يعرض فيه أحد الخصوم التنازل عن ادعاءه وقبول ادعاء الخصم الآخر ، إذا قبل أداء اليمين مؤكدا صحته ، ويتضمن هذا العرض بشكل ضمني ، استعداده لحف اليمين إذا ردت عليه[١٤٠]، وإما فى صورة بدء اتفاق على الصلح حول الإثبات ، بتوجيه اليمين إلى الخصم الآخر بقصد وضع حد للنزاع[١٤١]. ونتيجة للطبيعة التصالحية لليمين ، فإن من وجهت إليه يستطيع ردها إلى من وجهها كما يكون لمن وجه اليمين سحب العرض المقدم منه طالما لم يتم قبوله من الخصم الآخر ، كما يلزم لليمين الأهلية اللازمة للصلح ، ولا يجوز توجيهها سوى فى المسائل التى يجوز فيها الصالح ، كما تؤثر هذه الطبيعة فى سلطة القاضي التى تقتصر على إثبات أداء اليمين أو رفضها واستخلاص النتائج التى يرتبها القانون على ذلك ، كذلك فى عدم جواز استئناف الحكم الذى استند إليها ، نتيجة للمدى المطلق لها بحيث تحسم النزاع بصفة نهائية[١٤٢].

---

(١٤٠) أنظـــــــر:

Solus et Perrot, Droit judiciaire, tom. 3, n° 991, p. 844 ; A. Well, F. Terré, Droit civil, n° 432, p. 410.

(١٤١) أنظر: بلانيول وريبير: القانون المدنى ج ٧ رقم ١٥٧٣ ص ١٠٤٩. وقد وردت هذه الفكرة فى أحكام المحاكم ، فتقول محكمة الاستئناف فى حكم لها''توجيه اليمين الحاسمة نوع من الصلح به يفوض الخصم الأمر إلى ذمة وضمير خصمه ، ويفيد تنازله عن كل حقوقه قبله إذا هو حلف اليمين''. استئناف القاهرة ٤ فبراير ١٩٣٠ مرجع القضاء ص ٢٢٥٤، استئناف طنطا ١٣ ابريل ١٩١٥؛ استئناف المنيا ٢٠ ديسمبر ١٩٣٠ الإشارة السابقة.

(١٤٢) أنظر: بلانيول وريبير: المرجع السابق رقم ١٥٧٥؛ سوليس وبيرو: المرجع السابق رقم ٩٩١؛ ويل وتيرى: المرجع السابق رقم ٤٣٣.

١٧١= هذا الرأى محل نظر ذلك لأن اليمين الحاسمة لا تعدو كونها أداة من أدوات الإثبات ، يلجأ إليها الخصم المكلف بواجب الإثبات إذا أعوزه الدليل ولم يتيسر له إثبات ما يدعيه ، أو إذا كان ما فى حوزته من الأدلة لا يكفى لإثباته ، لأنه لا يقبل منه توجيه اليمين إذا كانت الواقعة ثابتة بأدلة أخرى(١٤٣). لكنه دليل لصالح المعاونة فى الإثبات يفرضه القانون على الخصم لكى يتعاون مع الخصم المكلف بواجب الإثبات لإظهار حقيقة الواقعة المتنازع عليها ، ولهذا فإن طلب توجيه اليمين لا يعد عرضا موجها إلى الخصم الآخر ، لكنه موجه إلى القاضى لإلزام الخصم الآخر بواجبه فى المعاونة فى الإثبات ، ولهذا فإنه لا يملك قانونا قبول اليمين أو عدم قبوله ، لأنه إما أن يقبل اليمين أو يردها وإلا عد ناكلا وخسر دعواه ، انطلاقا من الواجب الذى يفرضه القانون عليه للتعاون مع خصمه فى الإثبات(١٤٤).

بالإضافة إلى ذلك ، فإن الاستجابة لطلب توجيه اليمين يخضع لسلطة القاضى التقديرية ، لأنه يجب أن يتحقق من توافر شروط توجيهها ومن عدم وجود مانع يحول دون تقديم اليمين ، كعدم اتصال اليمين بشخص من وجهت إليه ومن عدم مخالفتها للنظام العام ومن كونها منتجة فى النزاع من عدمه(م١٠٢ إثبات)، بحيث يكون له رفض

---

(١٤٣) وقد اتجهت بعض أحكام القضاء فى فرنسا ، إلى عدم جواز الالتجاء إلى طلب معونة الخصم فى الإثبات إذا كان لدى الخصم المكلف بالإثبات وسيلة أخرى لإثبات دعواه .

Cour de Paris, 4 mars 1975, Rev. Trim. 1975 chr. par Perrot, p. 780.

وقضت محكمة استئناف القاهرة فى هذا الخصوص بقولها" للمحكمة ألا تجيب طلب حلف اليمين أو طلب الاستجواب ، إذا كانت الواقعة المراد التحليف أو الاستجواب عليها ثابتة ثبوتا تاما ولا يوجد أى ظرف فى الدعوى يسمح بالتشكيك فى هذا الثبوت". استئناف القاهرة ٢٨ أكتوبر ١٩١٣، ٤ نوفمبر ١٩١٣ مرجع القضاء ص ٢٠٤٣.

(١٤٤) أنظر فى واجب المعاونة فى الإثبات فى القانون المصرى والمقارن ، والوسائل المختلفة للمعاونة فى الإثبات ، من استجواب وإلزام الخصم بتقديم محرر فى حوزته وغير ذلك والجزاءات المترتبة على الإخلال بهذا الواجب. المؤلف: مسئولية الخصم عن الإجراءات- الطبعة الأولى ١٩٨٨ ص ٦٠٨ وما يليه.

توجيه اليمين إذا كانت غير منتجة ، أو إذا وردت على وقائع لا تحسم النزاع ، أو إذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها ولا يقصد سوى إحراج خصمه(م ١١٤ مرافعات).

ومن جهة الأثر الحاسم لليمين فليس لإرادة الأطراف دخل فيه ، فالقانون هو الذى يفرض هذا الأثر من أجل وضع حد للنزاع بشكل نهائى ، وهذا الأثر يترتب على القيام بالواجب أو الإخلال به دون أن يكون لإرادة الخصوم من أثر فى هذا الشأن ، سوى الإذعان لما يفرضه القانون عليهم من سلوك وما يفرضه من جزاء كأثر للخروج عليه. وإذا أضيف إلى ذلك ، الخلاف الواضح فى المعاملة التشريعية بين الصلح واليمين الحاسمة ، فالحكم التصالحى لا يعد حكما ولا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام وإن صدر فى شكل الحكم[١٤٥]، فهو عقد يخضع لما تخضع له العقود من أحكام ، بينما الحكم المستند إلى اليمين يعد حكما ويكون قابلا للطعن بطرق الطعن المقررة للأحكام متى ثبت كذب اليمين بحكم جنائى(١١٧ إثبات ، ١٣٦٣ مدنى فرنسى).

---

(١٤٥) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ١٥٣.

الخلاصــــــــة

يمكن إيجاز أهم ما أسفر عنه البحث فى هذا الجزء من الدراسة ، فى النتاج التالية:

أولا: أن القاعدة العادية فى قوة الأحكام التنفيذية ، مضمونها توفير حد أدنى من الحصانة للحكم ، لكى يكون مؤهلا لاكتساب القوة التنفيذية ، وهذا الحد يتمثل فى أن يحوز الحكم قوة الأمر المقضى التى تحصن الحكم ضد الطعن فيه ، بطرق الطعن العادية ، والأحكام التى تكون مؤهلة لاكتساب هذه القوة هى الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف. لكن الحكم يحوز هذه القوة من باب أولى ، إذا حاز أقصى ما يمكن أن يكون للحكم من حصانة ، بامتناعه بصفة مطلقة عن الطعن ، وذلك إذا حاز الصفة الباتة التى تحصنه ضد الطعن فيه بأى طريق ، والأحكام التى تكون مؤهلة لاكتساب هذه القوة ، هى الأحكام الصادرة عن محكمة النقض.

ثانيا: وتجد القاعدة العادية فى قوة الأحكام ، سندها فى فكرة التدرج الإجرائى لقوة الأحكام ، فكلما تدرج الحكم صعودا فى درجات التقاضى كلما زادت حصانته ، فالأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة ، هى أقل الأحكام حصانة ، لأنها قابلة للطعن بطرق الطعن العادية ، ولا يعترف لها القانون من حيث المبدأ بالقوة التنفيذية ، أما الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الثانية ، فهى أحكام أكثر حصانة من سابقتها لأنها لا تقبل الطعن سوى بطرق الطعن غير العادية وإمكانية المساس بها أقل ، ولهذا فإن القانون يعترف لها بالقوة التنفيذية ، وكذلك للأحكام الصادرة عن محكمة النقض ، باعتبارها أكثر الأحكام حصانة لصدورها عن المحكمة العليا غير قابلة للطعن بأى طريق. وهذه الفكرة توفر

للأحكام نوعا من الاستقرار النسبى ، يبرر خلع القوة التنفيذية عليها حفاظا على استقرار الحقوق والمراكز القانونية المختلفة.

__ثالثا:__ يستند مضمون القاعدة العادية فى قوة الأحكام على مبدأ التقاضى على درجتين كأصل من أصول التنظيم القضائى فى القانون المصرى ، والذى يتطلب تحقيق أكبر قدر من ضمانات العدالة بعرض الدعوى على اكثر من محكمة ، تختلف من حيث تدرجها فى سلم التقاضى ومن حيث التشكيل والخبرة ، تلافيا للأخطاء والعيوب التى يمكن أن تصيب الحكم.

__رابعا:__ والأحكام التى تحوز القوة التنفيذية العادية هى الأحكام الصادرة عن محاكم الطعن ، باعتبار ما تتمتع به من قوة إجرائية تؤهلها لاكتساب القوة التنفيذية ، أما الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة فإنها لا يكون لها القوة التنفيذية العادية ، إلا على سبيل الاستثناء وذلك فى الحالات ، التى يصدر فيها الحكم من محاكم أول درجة غير قابل للطعن بالاستئناف ، أو لانقضاء ميعاد الطعن فيه ، أو لاتفاق الخصوم المسبق على صدوره غير قابل للطعن ، أو لقبول المحكوم عليه للحكم ، أو لسقوط الخصومة فى الاستئناف أو للتنازل عنها وتركها ، أو لاستناد الحكم إلى اليمين الحاسمة.



الفصل الثالث

القاعدة الوقتيـــــــة

تمهيـــــــــد

١٧٢ = دراسة القاعدة الوقتية فى قوة الأحكام يقتضى بيان مضمون القاعدة وأساسها وتعريف القوة الناشئة عنها وطبيعتها ، والأحكام المنظمة لها وصورها ، وسوف يكون تناول هذه الموضوعات فى ثلاثة مباحث على التوالى.

المبحث الأول

مضمون القاعدة وأساسها وطبيعتها

المضمون والأســـــاس

١٧٣ = تبنى القانون المصرى القاعدة التى تجيز تزويد الأحكام الابتدائية بالقوة التنفيذية رغم قابليتها للطعن بطرق الطعن العادية ، وحتى لو تم الطعن فيها بالفعل ، وهذه الأحكام هى أضعف أنوع الأحكام جميعا ، لأن إمكانية المساس بالحكم إلغاء أو تعديلا تظل قائمة وقوية طالما بقى باب الطعن مفتوحا. وتجد هذه القاعدة أساسها فى المواد من ٢٨٨ : ٢٩٠ من قانون المرافعات والتى تتضمن قوة وقتية حتمية أو بقوة القانون وقوة وقتية جوازية أى بحكم المحكمة ، وذلك تحت عنوان النفاذ المعجل[١]، وهو التعبير الذى استخدمه المشرع للدلالة على هذا

---

(١) لا تحتاج بعض النظم القانونية التى تعترف لأحكام محاكم أول درجة بالقوة التنفيذية العادية إلى تنظيم قوة وقتية أو معجلة للأحكام ذلك لأن الحكم يحوز القوة التنفيذية فور صدوره ذلك لأن بعضها يعتمد درجة واحدة للتقاضى كالفقه الإسلامى والبعض الآخر يعتمد على تعدد درجات التقاضى فإنه يعترف لأحكام محاكم أول درجة بالقوة التنفيذية إلا أنه يقيد هذه القاعدة بوجوب الحصول على أمر بتنفيذ الحكم من القاضى الذى أصدره وإعطاء المحكمة التى أصدرته سلطة وقف تنفيذه لرعاية لمصلحة المحكوم عليه كالقانون الإنجليزى والسودانى. ما تقدم رقم ٩٢، ٩٣.

النوع من القوة[٢]. واستنادا إلى هذه القاعدة فإن الأحكام التى يمكن أن تكتسب القوة الوقتية سواء بقوة القانون أو بحكم المحكمة ، يجب أن تكون أحكام ابتدائية صادرة عن محاكم أول درجة ، أما الأحكام الصادرة عن محاكم الطعن فإنها لا تخضع لهذه القاعدة.

١٧٤ = وقد تبنى كل من القانون العراقى والأردنى ويشاركهم فى ذلك القانون اللبنانى فكرة التنفيذ الوقتى للأحكام ، وذلك على الرغم من أن الحكم الصادر من محاكم أول درجة فى هذه النظم يكون مستوجبا للتنفيذ بمجرد صدوره بقصد رعاية مصلحة المحكوم له ، لكن هذه القوانين تجعل للطعن فى الحكم أثرا واقفا لقوته التنفيذية ويستمر هذا الأثر حتى الفصل فى الطعن ، ومن أجل معالجة الأثر المترتب على الأخذ بهذه القاعدة فى تأخير التنفيذ ، فإنه يجرى تزويد الأحكام الابتدائية بالقوة التنفيذية المعجلة فى الحالات التى لا تحتمل الانتظار. فالقانون العراقى فى المادة ٩ من قانون التنفيذ يزود أحكام محاكم أول درجة بالقوة التنفيذية بمجرد صدورها ، لكن الطعن فى الحكم بالاستئناف أو المعارضة يؤدى إلى وقف قوة الحكم طبقا للمادة ١٨٣ ، ١٩٤ من قانون المرافعات ، ما لم يكن الحكم مقترنا بالتنفيذ المعجل ، أما الطعن فى الحكم بطرق الطعن غير العادية فليس له تأثير على قوة الحكم. والقانون الأردنى فى المادة ١٩ من قانون الإجراء يخلع على الأحكام الابتدائية

(٢) وهذا الاختيار لم يصادفه التوفيق ذلك لأن لفظ النفاذ لا يفيد تزويد الحكم بالقوة التنفيذية من الناحية القانونية ، فهو لا يعنى أكثر من فرض مضمون الحكم على القاضى والخصوم على نحو يجعل من هذا المضمون غير قابل للمنازعة ، وهو الدور الذى تتكفل به حجية الأمر المقضى ، وقد استخدم القانون الفرنسى تعبير التنفيذ الوقتى أو المعجل ، لكى يعبر عن صلاحية الحكم الابتدائى لاكتساب القوة التنفيذية'' Exécution provisoire ''. أنظر فى انتقاد هذا التعبير. أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٥٦ والهوامش الملحقة ، حيث يرى وجوب العدول عنه إلى اصطلاح'' التنفيذ المعجل للحكم '' لأنه يدل بدقة على الفاعلية المميزة للحكم فى هذه الحالة ، وهى قابليته للتنفيذ الجبرى ، وهى صفة لا تلحق بكافة الأحكام وإنما تلحق الأحكام التى يعينها المشرع على سبيل التحديد. فى تأييد مسلك المشرع. فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٠ ص ٦٠ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٨٤ .

القوة التنفيذية ، إلا أن الطعن بالاستئناف يعطل قوة الحكم ، لكن التعطيل لا يكون إلا بناء على قرار من القاضى ما لم يكن الحكم مزودا بالقوة التنفيذية المعجلة[٣].

١٧٥ = وقد تبنى القانون الفرنسى القاعدة الوقتية لتزويد الأحكام الابتدائية بالقوة المعجلة ، رغم قابليتها للطعن بطرق الطعن العادية ، وحتى مع الطعن فيها بالفعل مستبعدا من تطبيقها فكرة التدرج الإجرائى وذلك بقصد تلافى المخاطر التى تنشأ عن تأخير التنفيذ طبقا للقاعدة العادية ، فى الحالات التى لا تحتمل الانتظار ، وذلك إذا كان تأخير التنفيذ يمكن أن يؤدى إلى الإضرار بمصالح المحكوم لـه ، على نحو غير قابل للإصلاح. وذلك فى الفصل الثالث من الباب الخامس من قانون المرافعات الخاص بتنفيذ الأحكام ، تحت عنوان التنفيذ الوقتى أو المعجل " L'exécution provisoire " فى المواد من ٥١٤ : ٥٢٦ مرافعات ، وتتضمن نوعا من التنفيذ المعجل بقوة القانون ونوعا آخر من التنفيذ المعجل الجوازى ، ويتمتع القاضى فى هذا النوع من التنفيذ المعجل بسلطة تقديرية واسعة ، تسمح له بتزويد الحكم أو عدم تزويده بالقوة المعجلة[٤]، وهذه القاعدة تجد تطبيقها فى الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة دون غيرها من الأحكام.

١٧٦ = والفكرة التى تهدف القاعدة الوقتية إلى تحقيقها ، هى مواجهة المخاطر التى يتعرض لها المحكوم له إذا ما تأخر التنفيذ حتى

---

(٣) أنظر فى هذا الموضوع تفصيلا ما تقدم رقم ٩٩. أنظر: على مظفر حافظ : شرح قانون التنفيذ المعدل - ١٩٦٦ مطبعة العانى بغداد رقم ٥٧ ، ٥٨ ؛ مفلح عواد: أصول التنفيذ وفقا لقانون الإجراء الأردنى - ط ٣ - ١٩٩٢ مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان ص ٦٧.

(٤) أنظر فى نظام التنفيذ المعجل فى القانون الفرنسى وأهم خصائصه ومميزاته.
FERRAND, L'exécution provisoire des décisions, GAZ.PAL. 1987,Doct. 370 ; HANINE, Le droit de l'exécution dans le nouveau Code, J.C.P.76, 1, 2756 ; LOYER LARHER, La réforme de l'exécution provisoire, GAZ PAL, 1976, 2, Doct. 586.

يحوز الحكم القوة التنفيذية العادية ، فقد يحتاج الأمر إلى فترة زمنية طويلة ، حتى يتحصن الحكم ضد طرق الطعن العادية ، وهو ما قد يحمل فى طياته تهديدا خطيرا لمصالحه ، على نحو قد لا يكون من الممكن إصلاح آثاره فى المستقبل ، إذا ما تحقق هذا التهديد بالفعل. وهو ما يقتضى السماح بتزويد الحكم فى هذه المرحلة المبكرة بالقوة التنفيذية تجنبا لهذه الأخطار ، وهذا لا يعنى التضحية بمصالح المحكوم عليه وإنما رعاية المصلحة الأولى بالاعتبار.

التعريف بالقوة الوقتيــــــة

١٧٧ = القوة التنفيذية الوقتية أو المعجلة عبارة عن أثر تنفيذى يلحق الأحكام الابتدائية الملزمة الصادرة عن القضاء المدنى ، يجعلها صالحة للتنفيذ الجبرى ، مع قابليتها للطعن وحتى مع الطعن فيها بالفعل وتكون كذلك إما بنص القانون أو بحكم المحكمة[٥]، لكن هذا الأثر ما يلبث أن يزول إما لإلغاء الحكم من محكمة الطعن أو بتدخل القضاء بحمايته العادية.

١٧٨ = والأثر التنفيذى الوقتى الذى يلحق الحكم الابتدائى ، يقتضى أن تتوافر فيه ذات الشروط التى تتطلبها القاعدة العادية فى قوة الأحكام ، من حيث كونه من أحكام القضاء المدنى الملزم فهذه الأحكام هى التى تخضع للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام فى قانون المرافعات ، وتصلح للتنفيذ الجبرى[٦]، ويستثنى منها شرط الحصانة التى يجب توافرها فى الحكم ، حيث يكفى أن يكون الحكم صادرا بصفة ابتدائية لم

(٥) أنظر فى تعريف التنفيذ المعجل. وجدى راغب: التنفيذ ص ٨٣ ؛ قريب من هذا محمود هاشم : قواعد التنفيذ رقم ٦٣.

(٦) أنظر فى مفترضات تطبيق التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام فى قانون المرافعات ، وضرورة أن يكون الحكم من أحكام القضاء المدنى وأن يكون حكما ملزما ، وأن يحوز حصانة إجرائية تمنع الطعن فيه بطرق الطعن العادية. ما تقدم رقم ٥٦ وما يليه.

تلحقه حصانة تذكر ، ومع ذلك فإنه يكون صالحا لاكتساب القوة التنفيذية الوقتية ، رغم قابليته للطعن بطرق الطعن العادية أو حتى مع الطعن فيه بالفعل ، لكن هذه الصلاحية تتوقف على قرار من المحكمة أو نص فى القانون(٧).

١٧٩ = والأثر التنفيذى الذى يلحق الحكم هو أثر وقتى لأنه يلحق الحكم قبل الأوان ، وقبل أن يحوز القوة التنفيذية طبقا للقاعدة العادية ، ولهذا فإن القوة التى تلحق الحكم تكون قلقة غير مستقرة يتوقف مصيرها على ما ينتهى إليه أمر الحكم أمام محكمة الطعن ، فإما أن تستقر وتبقى بتأييد الحكم من محكمة الطعن وتتحول إلى قوة عادية ، وإما أن تزول وكذلك الآثار المترتبة عليها(٨)، وذلك إذا أسفر الطعن عن إلغاء للحكم فهى قوة مرهونة بنتيجة الطعن وما قد يسفر عنه من تأييد أو إلغاء للحكم(٩).

طبيعة القوة الوقتيـــــة

١٨٠ = الحماية القضائية الوقتية (١٠)هى إحدى صور الحماية

---

(٧) عرف القانون الرومانى نظام التنفيذ المعجل ، فقد كانت القاعدة أن رفع الاستئناف يؤدى إلى وقف التنفيذ ماعدا بعض الحالات الاستثنائية. أنظر: فتحى والى: التنفيذ رقم ٣١ ص ٦١. كان النظام المتبع فى القانون الفرنسى القديم ، يسمح بتزويد أحكام محاكم الدرجة الأولى ، بالقوة التنفيذية رغم قابليتها للطعن بطرق الطعن العادية ، بحيث يجوز تنفيذها أثناء ميعاد الطعن ، طالما تم إعلانها إلى المحكوم عليه ، إلا أن الطعن فى الحكم يؤدى إلى وقف تنفيذه عن طريق الأثر الواقف للطعن ، وكان التنفيذ يتقيد بميعاد مدته ثمانية أيام تبدأ من تاريخ الإعلان ولا يجوز التنفيذ خلالها ، حتى يتمكن المحكوم عليه من الطعن فى الحكم. أنظر: كيش وفنسان: المرافعات رقم ٣٧٠ ؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨٠٠ ص ٧٣٧.

(٨) أنظر فى الآثار التى تترتب على إلغاء الحكم بعد تنفيذه ، والالتزام بإعادة الحال إلى ما كان عليه. أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها - ١٩٩٢ دار النهضة العربية.

(٩) أنظر: عبد الباسط جميعى: المبادئ العامة فى التنفيذ ص ١٠٨ ؛ أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٢٤ ص ٥٦ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٢٩ ص ٥٨ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٥٣ ص ١٨٢ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٧٨ ؛ عبد العزيز بديوى: قواعد ص ٦٦ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٥٧ ص ١١٣.

(١٠) أنظر فى هذا الموضوع : وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٠٨ . نحو فكرة

الوقائيــة'' Préventif '' الــتى تهـدف إلــى توقــى الأضـرار ومنــع وقوعها(١١)، بحيث يبادر القضـاء إلـى التدخل قبل وقوع العدوان لتفادى وقوعه باتخاذ ما يلزم من تدابير ، لمواجهة الأخطار التى تتهدد الحقوق والمراكز القانونية. ويلعب الوقت دورا حاسما فى هذا النوع من الحماية حيث يستلزم تدخلا سريعا لمواجهة الخطر وتجنب الأضرار وشيكة الوقوع (١٢)، أو على الأقل حصر نطاقها فى أضيق الحدود إذا تحققت بالفعل ، ويظل لهذه التدابير(١٣) قوتها وفاعليتها إلى أن يزول الخطر أو

عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – عدد ١ ص٢٤؛ أمينة النمر: مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – رسالة ١٩٦٧ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٥٤ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات رقم ٣١١ ؛ محمد على راتب ونصر الدين كامل: قضاء الأمور المستعجلة ١٩٨٥ وفى الفقه الفرنسى.

M.FRANCES, Essai sur la notion d'urgence et provisoire dans la procédure de référé, Thèse Toulouse 1935; J.MICHAUD, La notion d'urgence en droit judiciaire, Thèse 1954.

(١١) تتعدد صور الحماية الوقائية ، فمنها الحماية الوقتية التى تواجه خطر التأخير ، حيث يبادر القضاء إلى اتخاذ التدابير اللازمة للحماية من هذا الخطر ، كدعوى الحراسة القضائية(م ٢/٧٣٠ ، ٧٣١ مدنى)، والحجز التحفظى(م ٢/٣١٦ مرافعات)، ودعاوى الأدلة(دعوى سماع شاهد م ٩٦ إثبات ، دعوى إثبات الحالة م ١٣٣ إثبات). ومنها الحماية الموضوعية ، التى تتجه إلى تحقيق اليقين القانونى ، بمنع الاعتداء على الحق ، فى صورة حماية تقريرية. ومنها الحماية التهديدية ، فى صورة الأحكام التهديدية من أجل التغلب على عناد المدين ، ودفعه إلى تنفيذ التزامه اختيارا. ويجد هذا الاتجاه تأييدا فى المادة ٣ من قانون المرافعات ، التى تكتفى بالمصلحة المحتملة ، إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق ، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. أنظر: وجدى راغب: مبادئ القضاء ص ١٠٥ ، القضاء الوقتى فى قانون المرافعات – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – ١٥ ص ١٦٦.

(١٢) واستنادا إلى الدور الوقائى للحماية الوقتية ، فإنه متى استنفد الضرر كاملا وآثاره ولم يعد هناك ما يمكن توقيه ، فإنه لا يكون للقضاء الوقتى من دور يؤديه ، ولا يكون لصاحب المصلحة سوى اللجوء إلى القضاء الموضوعى الذى يباشر نشاطه لرفع الضرر والتعويض عنه. أنظر: أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(١٣) يتمتع القاضى المستعجل بسلطة تقديرية فى اتخاذ ما يراه مناسبا من تدابير لمواجهة الخطر الذى يتهدد الحق ، حتى لو كانت هذه التدابير تختلف عن الطلبات المطروحة عليه. ومع الاتفاق حول هذا المبدأ ، فقد وقع الخلاف حول الأساس الذى تستند إليه ، فقد أرجعها البعض ، إلى فكرة'' تحوير الطلبات''. عبد الباسط جميعى: شرح الإجراءات المدنية ص ١٥٦ ، نظرية الاختصاص ص ١٢٤. بينما يرى رأى آخر ، أن سلطة القاضى فى هذه الحالة لا تشكل استثناء على مبدأ حياد القاضى ، وإنما تخضع للقواعد العامة فى التقيد بالطلبات ، وتجد أساسها فى أفكار أخرى ، كفكرة الطلب الضمنى ، فإذا قدم إلى القاضى طلبا موضوعيا يشتمل ضمنيا على طلب

يتدخل القضاء بحمايته العادية.

ولهذا فإن التزام القضاء بالتدخل فى إطار الحماية الوقتية ، لا يقوم إلا بتوافر عنصرى الاستعجال[14] وترجيح وجود الحق ، ويتوافر الاستعجال بوجود الخشية أو الخوف من خطر وشيك الوقوع ، يهدد الحقوق بأضرار قد يكون من العسير إصلاحها ، وهو ما يقتضى سرعة التدخل من أجل درء الخطر والقضاء عليه. لكن الحماية القضائية لا تكون إلا للحقوق التى تتمتع بحماية القانون ، وفى هذا النوع من الحماية فإنه يكفى مجرد احتمال وجود الحق[15]، وليس تأكيد هذا الوجود كالحماية العادية ، ولهذا فإنه متى ترجح وجود الحق بحسب الظاهر من الأدلة والمستندات ، كان هذا كافيا لتدخل القضاء لوقاية الحق بصفة وقتية ، على ألا يكون من شأن هذا التدخل التطرق إلى موضوع الحق أو المساس به[16].

١٨١ = والقوة التنفيذية التى تلحق الأحكام الابتدائية وتجعلها صالحة للتنفيذ الجبرى ، رغم قابليتها للطعن بطرق الطعن العادية هى قوة ذات طبيعة وقتية ، وتعد أحد تطبيقات الحماية الوقتية فى نطاق

وقتى ، فيكون له أن يقضى فى الطلب الأخير ، أو إذا قدم إليه طلبا يتضمن إجراء محددا ، فله أن يقضى بإجراء آخر ، باعتباره الأداة التى تحقق مضمون الطلب الوقتى . أنظر: أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٣١٣.

(١٤) تعتمد فكرة الاستعجال على مجموعة من العناصر ، كعنصر الخطر المحدق المترتب على التأخير فى تقديم الحماية العادية ، وعنصر الخوف أو الخشية من الضرر المحتمل ، وعنصر الوقت أو الزمن ، الذى يدفع إلى الإسراع فى تقديم الحماية المستعجلة. وهذه العناصر تقوم إلى جوار بعضها البعض ، ويستند كل عنصر منها ألى العنصر الآخر ، فإذا لم يوجد الخطر من التأخير ، فلا توجد الخشية من الضرر ، ولا الحاجة إلى السرعة. أنظر فى هذه الفكرة : الإشارة السابقة.

(١٥) وتعتمد عملية الترجيح على التحقق من وجود قاعدة قانونية تحمى بصفة مجردة المصلحة المهددة للطالب ، ثم ترجيح الأدلة المثبتة لحق الطالب من حيث الواقع. أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة.

(١٦) أنظر المادة ٥٤ مرافعات التى تمنع القاضى المستعجل من المساس بأصل الحق ، بنصها على أنه" يندب فى مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت".

التنفيذ الجبرى[١٧]، لأنها قوة تلحق الحكم قبل الأوان لمواجهة الخطر الناشئ عن تأخير الحماية التنفيذية العادية ، وما يترتب عليه من أضرار يمكن أن تمس مصلحة جديرة بالحماية للمحكوم له ، وهو ما يقتضى حمايته على وجه السرعة ضد هذه الأخطار بإلحاق القوة التنفيذية بالحكم الابتدائى ، فيكون صالحا للتنفيذ فى وقت مبكر ، لتفادى الضرر الذى يمكن أن يترتب على تأخير الحماية القضائية طبقا للقاعدة العادية[١٨].

ولهذا فإن القوة التنفيذية التى تلحق الحكم تكون قوة وقتية[١٩] تواجه مشكلة الاستعجال والحاجة إلى السرعة فى منح الحماية القضائية ويكون مصيرها إلى الزوال ، إما بإلغاء الحكم عند الطعن فيه وهو ما يؤدى إلى زواله وزوال قوته ، أو بانقضاء دورها لتحل محلها الحماية العادية بتأييد الحكم من محكمة الطعن ، فهى قوة مرهونة بنتيجة الطعن فى الحكم ، فإما أن تزول بزوال الحكم وإما أن تتحول إلى قوة عادية بتأييد الحكم وخضوعه للقواعد العادية.

١٨٢ = وقد اعتمد النص التشريعى الوارد فى المادة ٦/٢٩٠ مرافعات هذه الفكرة وعبر عنها بقوله "يجوز الأمر بالنفاذ المعجل .. إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له".

---

(١٧) تتعدد صور الحماية الوقتية فى نطاق التنفيذ الجبرى ، ما بين حجز تحفظى ومنازعات وقتية فى قوة الأحكام التنفيذية ومنازعات وقتية فى التنفيذ(الإشكالات). أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ٧٩ ؛ محمود هاشم : قواعد رقم ٦٤ ص ١٣٥ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٥٧ ص ١١٣.

(١٨) لا يمكن مقارنة الأحكام الحائزة لقوة الأمر المقضى ، والتى تكون صالحة للتنفيذ طبقا للقواعد العادية ، بالأحكام المشمولة بالقوة المعجلة ، فالنوع الأول من الأحكام بلغ قدرا لا يستهان به القوة والاستقرار ، على نحو يجعل المساس به فى أضيق الحدود ، ولهذا تخضع قوته للقواعد العامة أو العادية ، لكن هذا لا يمنع أن احتمالات إلغاء هذه الأحكام تظل قائمة لأنها لم تصل بعد إلى الحصانة الكاملة التى تجعل منها أحكاما باتة. انظر: محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٥٤ ص ١٨٣.

(١٩) انظر. عبد الباسط جميعى: الإشارة السابقة ؛ أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة ؛ فتحى والى: الإشارة السابقة ؛ محمد عبد الخالق عمر: الإشارة السابقة ؛ وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ محمود هاشم: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

ولهذا فإن قرار القاضى بشمول الحكم بالقوة المعجلة ، لا بد أن يستند إلى حاجة المحكوم لـه إلى تنفيذ سريع لتوقى الأضرار التى يمكن أن تترتب على تأخير التنفيذ حتى يحوز الحكم القوة التنفيذية العادية ، وهو تعبير عن ضرورة توافر شروط الحماية الوقتية من استعجال وترجيح لوجود الحق ، فإذا كان شمول الحكم بالقوة المعجلة يتوقف على قرار تقديرى من القاضى[٢٠]، إلا أن سلطته فى هذا الشأن ليست مطلقة فقد قيدها النص ، بضرورة التحقق من هذه الشروط قبل تقديم الحماية المطلوبة.

وقد يتولى القانون تقدير توافر كل الشروط أو بعضها فى بعض الحالات ، فقد تولى تقدير توافر شرط الاستعجال فى الحالات التى تضمنتها الفقرة الأولى من المادة ٢٩٠ مرافعات فلا يكون القاضى فى حاجة إلى بحثه ، لأنها تعالج مسائل مستعجلة بطبيعتها ، وكذلك شرط رجحان الحق فى الفقرات من ٢ : ٥ منها ، فقد استدل القانون على توافر هذا الشرط بقوة سند الحق المحكوم به بما يرجح تأييد الحكم فى الاستئناف إذا ما طعن فيه. لكنه نزع من القاضى سلطته التقديرية كلية بافتراض توافر شروط الحماية الوقتية بقوة القانون ، فى الحالات الواردة فى المادة ٢٨٨ ، ٢٨٩ مرافعات بحيث يعفى القاضى من أمر بحثها أو إصدار قرار بشأنها ، ويكون شمول الحكم بالقوة المعجلة فيها بقوة القانون[٢١].

١٨٣ = وكان القانون الفرنسى القديم يتبنى الفكرة ذاتها[٢٢] فى

---

(٢٠) أنظر قرب هذا المعنى . وجدى راغب: التنفيذ ص ٨٦ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٦٤ ص ١٣٥ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٥٨ ص ٦٦.

(٢١) أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ محمود هاشم: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(٢٢) كان القانون الفرنسى القديم الصادر فى ١٨٠٦ يتضمن تنظيما قانونيا للتنفيذ المعجل يماثل للتنظيم فى القانون المصرى القديم فقبل التعديلات التى أدخلت على هذا القانون فى ٢٣

تنظيم التنفيذ المعجل للأحكام ، مع خلاف طفيف في بعض التفاصيل ، فقد أعطت المادة ١٣٥ مرافعات منذ التعديلات التي أدخلت عليها في ٢٣ مايو ١٩٤٢ للقاضي سلطة تقديرية كبيرة في منح التنفيذ المعجل للحكم ، ولكنها قيدت سلطته بضرورة توافر شروط الحماية الوقتية(٢٣)، من استعجال'' urgence'' أو خشية من خطر التأخير'' péril en la demeure '' فلا يكون للقاضي أن يأمر بالتنفيذ المعجل ما لم يتحقق من توافر الاستعجال ، وأن يبين ذلك صراحة في حكمه. لكن هذا التنظيم تولى تقدير توافر هذه الشروط في حالات أخرى يكون تزويد الحكم فيها بالقوة المعجلة بقوة القانون ، وهو ما يتم بشكل تلقائي ودون الاعتداد بإرادة القاضي ، كالأحكام الصادرة من قاضي الأمور المستعجلة(م ٨٠٩ مرافعات)، وفي حالات أخرى قدر عدم توافرها واستبعدها من

مايو ١٩٤٢ ، كان لا يسمح بالتنفيذ المعجل سوى في حالات محددة ، وكان يميز في التنفيذ المعجل القضائي ، ما بين التنفيذ الإجباري والتنفيذ الجوازي ، وكان شمول الحكم بالتنفيذ لا يتم دون طلب من الخصم ، وفي حالة شمول الحكم بالتنفيذ دون طلب ، فإن القاضي يكون قد تجاوز سلطاته بالحكم فيما لم يطلب منه. أنظر: جلاسون ، تيسيه ، موريل: المطول ج ٣ رقم ٨٨٨ ؛ كيش وفنسان: المرافعات رقم ٣٧٤ ص ٤٣٢ ؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨١٦.

(٢٣) والاستعجال هو حالة يرتبط وجودها بالظروف الموضوعية المحيطة بالواقعة المتنازع عليها ، ولهذا فإنه لا علاقة له بطبيعة المسألة ، عدا بعض الفروض الاستثنائية ، كدين النفقة مثلا ، أو برغبة المحكوم له في الحصول على الدين بسرعة ، أو في السن المتقدمة للمحكوم له ، يجب أن توجد ظروف خاصة تبرر الاستعجال في منح التنفيذ المعجل ، وذلك إذا وجد الخطر الذي يتهدد مصالح المحكوم له ، إذا ما تأخر التنفيذ ، وهذا ما أشارت إليه إحدى المحاكم في حكمها حيث تقول'' أنه لكي يوجد الاستعجال قانونا ، فإنه يجب أن يكون التأخير في التنفيذ يعرض مصالح الخصوم للخطر . . ''. أنظر:

Cour de Paris, 25 mai 1943 : D. A. 1944, somm. 2; Gaz. Pal 1943. 2. 99; Rev. Trim. Dr. Civ. 1943, 284, observ. Raynaud

ووجدت هذه الفكرة تأييدا من بعض الفقه حيث يقول'' Raynaud '' في تعليقه على الحكم السابق أن الاستعجال لا يكتشف إلا من خلال التهديد ودرء الخطر. ويؤيده في ذلك''جستاز'': الاستعجال والمبادئ التقليدية في القانون المدني رقم ٢٧١٥. في حين ميز بعض الفقه وأحكام القضاء بين الاستعجال والخطر من التأخير بالقول ، أن فكرة الاستعجال أكثر اتساعا من فكرة الخطر من التأخير ، وأن كل فكرة لها نطاقها المحدد. أنظر:

Baugas, L'exécution provisoire : étude pratique de jurisprudence, éd.Cujas1958, p.17; Rennes 5 avril 1950: D. 1950, somm. 70.

نطـاق التنفـيذ المعجـل للأحكـام كـالحكم الصـادر بالمصـاريف(م ١٣٧ مرافعات).

وقـد أدخلـت تعديـلات جوهـرية علـى هذا التنظـيم بـدأت فـى ١٧ ديسمبر ١٩٧٣ وأعيد تقديمها مرة أخرى فى قانون المرافعات الجديد ، وعلى أثرها أصبح للقاضى سلطة تقديرية كاملة فى منح التنفيذ المعجل للحكم حتى من تلقاء نفسه ودون طلب غير مقيد فـى ذلك سوى بمعيار الضـرورة'' nécessité '' والملاءمـة'' compatibilité ''[٢٤]، لكـن هذا التقدير لا يمتد إلى الحالات التى يتولى فيها القانون هذا التقدير بنفسه ويكون التنفيذ المعجل بقوة القانون ، ولا الحالات التى يحظر فيها القانون إلحاق القوة المعجلة بالحكم.

المبحث الثانى

أحكام القوة الوقتيـــــة

اعتماد مبدأ الطلـــــب

١٨٤ = القـرار الصـادر بشـمول الحكـم بالتنفيذ المعجـل لا بـد أن يستند من حيث المبدأ على طلب الخصم ، فالقاعدة التى اعتمدها القانون المصرى ، لا تجيز للقاضى شمول الحكم بالقوة المعجلة من تلقاء نفسه ، فلا بد أن يقدم إليه طلب فـى هذا الخصوص ، سواء قدم هذا الطلب فـى

(٢٤) قوبل التعديل الذى أدخله القانون الفرنسى بالترحيب من بعض الفقه أنظر:
Bertin. Le petit nöel du procédurier : Gaz. Pal. 1974, 1, doct. 149.
بينما يرى البعض الآخر من الفقه ، أن الشروط القديمة كانت كافية ، دون حاجة إلى استبدالها بشرط الضرورة ، لكن الشروط الجديدة ستكون لا مفر منها ، ويمكن أن توجد الضرورة دون استعجال أو خطر التأخير ، لكن توافر الاستعجال أو الخشية من خطر التأخير ، يؤدى إلى توافر شرط الضرورة . أنظر:
Jacques Miguet, Encyclopédie Dalloz, procédure civile Fasc. 516-2, n.70; Nancy 2 avril 1974; Rev. Trim. Dr. Civ. 1974, 860. observation Perrot; D.S. 1974, somm. 62.

صحيفة الدعوى ، أو قدم كطلب عارض أثناء سير الخصومة ، على أن يقدم قبل قفل باب المرافعة أمام قضاء أول درجة ، ومتى انقضت خصومة أول درجة بالحكم فى موضوعها ، فإنه لا يجوز الرجوع إليها مرة أخرى ، بطلب شمول الحكم بالتنفيذ المعجل لاستنفاد ولايتها بشأنه ، كما لا يجوز تقديمه أمام محاكم الاستئناف ، لأنه يعد طلبا جديدا يمتنع طرحه لأول مرة أمامها(م ٢٣٥ مرافعات). لكن تقديم الطلب لا يعنى حتمية الاستجابة له ، لأن المحكمة تتمتع بسلطة تقديرية فى قبول الطلب أو رفضه ، بحسب ما يتبين لها من ظروف الدعوى وملابساتها ، لكن المقصود من ذلك ، أن الطلب هو الأساس الذى يبنى عليه الأمر الصادر من المحكمة بشمول الحكم بالقوة المعجلة ، فلا يستطيع القاضى إصدار هذا الأمر دون طلب ، وإلا عد متجاوزا لسلطته والقضاء بما يتجاوز طلبات الخصوم(٢٥).

١٨٥ = وعلى من يقدم طلب شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، إثبات توافر شروط الحماية الوقتية من استعجال وترجيح لوجود الحق ، ويخضع إثبات هذا الطلب لحكم القواعد العامة فى الإثبات ، لكنه يعفى من هذا الإثبات ، إذا استند الطلب إلى الحالات الخاصة التى تضمنتها المادة ١/٢٩٠ مرافعات ، والتى تخضع لقاعدة استثنائية مفادها وضع قرينة بسيطة بتوافر شرط الاستعجال لصالح طالب شمول الحكم بالقوة المعجلة وهو ما يعفيه من عبء إثباته ، وينقل هذا العبء إلى خصمه لكى يثبت عدم توافره وهدم هذه القرينة(٢٦). ويكون الأمر كذلك إذا تعلق الأمر بالحالات التى تضمنتها الفقرات من ٢ : ٥ من هذه المادة ، فقد تضمنت قرينة بسيطة بتوافر شرط رجحان الحق ، بحيث يعفى الطالب من إثباته ونقل عبء إثبات العكس إلى خصمه.

(٢٥) أنظر: فتحى والى: التنفيذ الجبرى رقم ٣٤ ص ٦٥ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٨٩ .
(٢٦) أنظر: أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ رقم ٥٩.

١٨٦ = واستثناء من مبدأ الطلب ، فإنه فى حالات القوة المعجلة الحتمية أو بقوة القانون لا لزوم لهذا الطلب ، لأن القوة المعجلة تلحق الحكم بقوة القانون دون حاجة إلى طلب أو قرار من القاضى ، ويكفى أن يشير القاضى فى حكمه إلى إحدى حالات التنفيذ المعجل الحتمية لكى تلحق هذه القوة بالحكم. لكن ليس هناك ما يمنع من تقديم هذا الطلب ، ويعد رد المحكمة عليه من قبيل ترديد حكم القانون أو تحصيل الحاصل ، لكنها تملك عدم التعرض له ولا يعد ذلك خطأ منها ، كما أن إغفال الرد عليه لا يعد رفضا له ، لكن المحكمة لا تملك رفضه وإلا عد ذلك خطأ منها ، يفتح الطريق للطعن فى الحكم بالطريق المقرر ، لأنه يضع عقبة فى طريق قوة الحكم التنفيذية ، ويكون إصلاح هذا الخطأ عن طريق الطعن فى الحكم(٢٧). وفى حالات التنفيذ المعجل الحتمى فإن توافر شروط الحماية الوقتية ، مفترض بقوة القانون على نحو لا يجوز إثبات عكسه.

١٨٧ = وقد أدخل القانون الفرنسى فى المادة ٥١٥ مرافعات تعديلا جوهريا على مبدأ الطلب ، أجاز بمقتضاه شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، بناء على طلب الخصوم أو دون طلب ومن تلقاء نفس المحكمة " d'office " وهو ما يسمح لها بحرية واسعة فى الأمر بالتنفيذ المعجل متى قدرت ضرورته وملاءمته لطبيعة المسألة المعروضة وحتى دون أن يطلب منها ذلك ، وهى مسألة تعتمد فى المقام الأول على قناعة القاضى الشخصية ، ولا يكون فى حاجة إلى تسبيب قراره ويكفيه أن يعلن أن التنفيذ المعجل للحكم مسالة ضرورية لا مفر منها. وهو ما يترتب عليه تسهيل مهمته(٢٨)، لكن لا يجوز له الأمر بالتنفيذ المعجل ،

---

(٢٧) أنظر: عبد الباسط جميعى : المبادئ العامة ص ٧٩.

(٢٨) أنظر الفقه الفرنسى المؤيد لهذه الفكرة.

M. Blanc, La preuve judiciaire, P. 142; M.Viatte, La suppression du contrôle de l'exécution provisoire, Gaz. Pal. 1974, 1,doct. 463; Jaques

فى الحالات التى لا يجيز فيها القانون ذلك(٢٩).

١٨٨ = وقد تضمن هذا التعديل أيضا إجازة تقديم طلب التنفيذ المعجل ليس أمام محكمة أول درجة وإنما أمام محكمة الاستئناف ، سواء قدم كطلب تابع للطلب الأصلى أو كطلب عارض حتى قفل باب المرافعة فقد أجازت المادة ٥٢٦ مرافعات تقديم طلب شمول الحكم بالقوة المعجلة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف فى حالتين ، إذا لم يقدم فى خصومة أول درجة أو إذا قدم وأغفل القاضى الفصل فيه ، وأجازت المادة ٥٢٥ إعادة تقديمه فى الاستئناف فى حالة رفضه من قاضى أول درجة ، ويقدم الطلب إلى الرئيس الأول للمحكمة" premier président " فى بداية خصومة الاستئناف ، أو يقدم إلى القاضى المكلف بتحضير الدعوى" magistrat de la mise en état " ويكون مختصا بنظر هذا الطلب من تاريخ تعيينه(٣٠).

تحديد الاختصـــــاص

١٨٩ = القاعدة المعتمدة فى القانون المصرى أن الاختصاص بالفصل فى طلب شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، هو اختصاص قاصر على محاكم أول درجة ، ويظل هذا الاختصاص قائما طالما أن الدعوى ما زالت منظورة أمام المحكمة ، ومتى أصدرت حكمها فى موضوع

---

(٢٩) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨١٦.
Héron, Droit judiciaire privé, 1991, n. 443.

(٣٠) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨٢٩ ، ٨٣٠ ؛ جاك ايرون: قانون القضاء رقم ٤٥١. ويكون الرئيس الأول مختصا بالفصل فى طلب التنفيذ المعجل قبل تعيين القاضى المكلف بالتحقيق ، ويظل مختصا به متى تم هذا التعيين قبل أن يفصل فى الطلب. أى أن اختصاصه بالطلب فى وقت سابق على تعيينه يجعله مختصا بالفصل فيه. أنظر:

Paris, 10 oct. 1980: Gaz. Pal. 1980, 656; Rev. Trim. Dr. Civ. 1980, 812, obs. Perrot; Paris 19 mars 1976: J.C.P. 76, 11, 18438, note J.J.H.; Rennes 21 juill. et Loyon, 19 oct. 1976 : D. 1977, 81, note H.D.C., J.C.P. 76, 1V n. 6654, obs. J.A.; Paris 6 janv. 1986: Bull. avoués, 1986, 193.

النزاع ، فإنه لا يجوز الرجوع إليها مرة أخرى ، بطلب شمول الحكم بالقوة المعجلة لاستنفاد ولايتها به ، ويقتصر هذا الاختصاص كذلك ، على المحكمة التى تنظر الطلب الموضوعى ، فهو نوع من الاختصاص التبعى الحتمى ، فلا يجوز تقديمه سوى لهذه المحكمة وحدها أثناء سير الخصومة ، فإذا فصلت فيها فإنه لا يجوز الرجوع إليها مرة أخرى ولا يجوز تقديمه إلى أى محكمة أخرى[٣١]. أما محاكم الدرجة الثانية فلا اختصاص لها بطلب شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، لأن هذا الطلب يعد طلبا جديدا يمتنع تقديمه أمامها لأول مرة(م٢٣٥ مرافعات)[٣٢]، وينحصر اختصاصها كمحكمة درجة ثانية فى تصحيح الوصف طبقا للمادة ٢٩١ مرافعات ، متى كان الوصف الذى خلعته المحكمة على الحكم مؤثرا فى قوة الحكم التنفيذية ، سواء أكانت قوة تنفيذية عادية أو معجلة ، وكذلك فى وقف القوة التنفيذية المعجلة طبقا للمادة ٢٩٢ مرافعات ، إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب الطعن فى الحكم يرجح معها إلغاؤه .

١٩٠ = وفى القانون الفرنسى فإن الاختصاص بطلب شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، ينعقد بالتتابع لكل من محكمة أول درجة ومحكمة الاستئناف ، بحيث ينعقد الاختصاص بهذا الطلب لمحكمة أول درجة التى تنظر النزاع وحدها دون غيرها من المحاكم طبقا للمادة ٥١٦ مرافعات ، التى تقضى بأنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ المعجل إلا الحكم الذى يكون مصيره إلى التنفيذ عند صدوره[٣٣]، وهو ما يحول دون اختصاص محكمة أخرى به أو قاض آخر. لكن هذه المادة تسمح بشمول

(٣١) أنظر: أنظر فى عرض فكرة الاختصاص التبعى.وجدى راغب: بحث مقدم فى الندوة التى عقدتها كلية الحقوق جامعة عين شمس مع مؤسسة كونراد أديناور بالغردقة فى إبريل ١٩٨٤، مبادئ القضاء المدنى ص ٢٧٣.

(٣٢) أنظر: فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٤ ص ٦٥ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٨٩.

(٣٣) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨١٨.

الحكم بالتنفيذ المعجل أثناء نظر خصومة الاستئناف[٣٤]، فقد أوجبت ضرورة مراعاة المادة ٥٢٥ ، ٥٢٦ مرافعات في هذا الخصوص ، وهي المواد التي تعقد الاختصاص بنظر طلب التنفيذ المعجل للحكم والفصل فيه للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف في بداية الخصومة ، أو المستشار المكلف بتحضير الدعوى على أن يكون اختصاصه على سبيل الانفراد منذ تاريخ تعيينه[٣٥]، ومتى انتهى من مهمته فإن الرئيس الأول يسترد كل سلطاته[٣٦]. وقد ربطت المادة ٥٢٥ مرافعات بين هذا الاختصاص وبين وجوب توافر شرط الاستعجال[٣٧]، وذلك في حالة رفض الطلب في خصومة أول درجة ، لكنه لا يكون شرطا لهذا الاختصاص طبقا للمادة ٥٢٦ مرافعات في حالة عدم تقديم الطلب في أول درجة أو تقديمه وإغفال الفصل فيه[٣٨].

سلطة الأمر بالتنفيذ المعجـــل

١٩١ = تعترف المادة ٦/٢٩٠ مرافعات للقاضي بسلطة تقديرية كاملة في إجابة أو رفض طلب شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، ومن منطلق هذه السلطة يكون له أن يقدر بكل حرية توافر كل من شرطي

---

(٣٤) لكن مسألة تزويد الحكم بالقوة المعجلة ، لا تكون مطروحة ، إذا كان الحكم قابلا للطعن بالمعارضة ، ذلك لأن الطعن في الحكم بهذا الطريق ، يؤدي إلى عدم إنتاج الحكم لأي من آثاره. أنظر: ايرون: قانون القضاء رقم ٤٥١ هامش ٢.

(٣٥) ومن قضاء المحاكم قول محكمة باريس'' السلطة الممنوحة للرئيس الأول بواسطة المادة ٥٢٦ مرافعات جديد ، تنتهي طالما أن المستشار المكلف بالتحضير تم تعيينه''.

Paris 19 mars 1976: J.C.P. 1976. 11. 18438. note J.J.H

وقضى أيضا'' أن المادة ٥٢٥ مرافعات ، لا تجيز للرئيس الأول الفصل في طلب التنفيذ المعجل لحكم أغفل الفصل في هذه المسألة ، طالما أن مستشار التحضير كان مختصا''.

Civ. 2e, 5 janv. 1978, Bull. Civ. 11, p. 9; Grenoble, 6 mars 1979, D. 198. IR, p.112.

(٣٦) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨٣٠ .

(٣٧) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨٢٩ ؛ إيرون : قانون القضاء رقم ٤٥١ ص ٣٢٢.

(٣٨) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات المدنية رقم ٨٣٠.

الاستعجال وترجيح وجود الحق ، على أن يراعى فى ذلك الظروف المتعلقة بالحالة المعروضة ، وما يحيط بها من وقائع وملابسات دون أن يقيده أو يؤثر عليه فى ذلك ما قد يصدر عن الخصوم من تقدير لها [٣٩].

ويدخل فى سلطة القاضى التقديرية شمول الحكم التنفيذ المعجل دون أن يقيد قرارة بأى قيد ، كما يكون له انطلاقا من هذه السلطة أن يقيده بقيد الكفالة بحسب تقديره للخطر وفداحة الضرر(م ٢٩٠ مرافعات)، ويكون له كذلك شمول الحكم بقوة معجلة كلية أو جزئية ، تنصرف لكل الحكم أو لبعض ما قضت به المحكمة[٤٠]، و لا يتعارض مع سلطة القاضى التقديرية إعطاء المدين مهلة الوفاء(م ١/٣٤٦ مدنى)، فيجوز له أن يقضى بهدم العقار أو سداد الدين وشمول حكمه بالتنفيذ المعجل ، مع اقترانه بمهلة زمنية تنقضى قبل التنفيذ بحيث يمتنع التنفيذ خلال المهلة أو الفترة المحددة فى الحكم.

١٩٢ = ويجب أن يكون قرار القاضى بشمول الحكم بالتنفيذ المعجل صريحا ، وأن يرد هذا القرار فى منطوق حكمه ، وأن يكون مسببا تسبيبا كافيا وإلا كان الحكم باطلا[٤١]، لكن التسبيب لا لزوم له متى كان القرار صادرا بالرفض ، لأن الأمر بالتنفيذ المعجل يعد خروجا على القاعدة العامة فى التنفيذ يقتضى تسبيبا ، أما الرفض فإنه يعد رجوعا إلى هذه القاعدة فلا يحتاج إلى تسبيب[٤٢]، ويعد فى حكم الرفض عدم تعرض المحكمة لطلب التنفيذ المعجل ، فإن سكوتها عنه يعد رفضا له[٤٣] ، وإذا لم يتضمن الحكم ما يفيد شموله بالقوة المعجلة ، فإنه لا

(٣٩) أنظر: أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ رقم ٥٩.

(٤٠) وقد تناولت المادة ١/٥١٥ مرافعات هذه المسألة ، فقد نصت صراحة على جواز شمول الحكم بالقوة المعجلة لكل الحكم أو لجزء منه ، فى أى حالة ، لكنها استبعدت من ذلك الحم بالمصاريف.

(٤١) أنظر: فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٤ ص ٦٥ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٨٩.

(٤٢) أنظر: فتحى والى: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٦٠.

(٤٣) أنظر: عبد الباسط جميعى: المبادئ العامة ص ٧٨ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ

يكون صالحا للتنفيذ ، لأنه يكتسب هذه الصلاحية من قرار القاضي ، وبدونه فإنه يكون لقلم الكتاب الامتناع عن تسليم المحكوم له صورة تنفيذية منه(٤٤)، ويكون للمحضر الامتناع عن تنفيذه.

١٩٣ = لكن تقدير توافر الاستعجال في الحالات الخاصة التي تضمنتها المادة ٢٩٠ مرافعات مفترض بحكم القانون وليس للقاضي أي تقدير بشأنه ، فإذا قدم إليه طلب بشمول الحكم بالتنفيذ المعجل في أي من هذه الحالات ، فإنه لا يكون مكلفا ببحثه وعليه التسليم بتوافره(٤٥)، ما لم يقدم إليه الدليل العكسي على عدم توافره ، لأنه افتراض قابل لإثبات العكس ، وعندئذ يسترد القاضي سلطته التقديرية لكي يقدر أمر عدم توافره من عدمه ، وإذا ثبت له عدم توافره يكون له رفض الطلب ، سواء تعلق الأمر بالحالات ، التي تستند إلى الاستعجال لأنها تتصل بمسائل مستعجلة بطبيعتها ، وتناولتها الفقرة الأولى من هذه المادة أو بالحالات التي تستند إلى قوة سند الحق في الفقرة من ٢ : ٥ منها ، وهو ما يرجح حق المحكوم له في تأييد حكمه عند الطعن فيه ، لأن رجحان حقه في هذه الحالة ، يستفاد منه في ذات الوقت توافر الاستعجال فلا يكون هناك ما يمكن انتظاره.

١٩٤ = وقد سلب القانون من القاضي سلطته التقديرية تماما في حالات التنفيذ المعجل الحتمي أو بقوة القانون ، والتي وردت في المادة

التنفيذ رقم ١٦١ ص ١٩١.

(٤٤) أنظر: وجدي راغب: الإشارة السابقة.

(٤٥) أنظر: فتحي والي: التنفيذ رقم ٣٤ ص ٧١ ؛ وجدي راغب: التنفيذ ص ٨٢ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٦٧ ص ١٢٨. حيث يرى أن فائدة التعداد الوارد في المادة ٢٩٠ ، تنحصر فائدته في مجال الإثبات ، والقرينة البسيطة بتوافر شروط التنفيذ المعجل ، والتي على أساسها يعفى طالب التنفيذ من إثباتها ، وأنه لا تأثير من هذه الزاوية على سلطة القاضي التقديرية. وأنظر في معنى قريب من الوارد في المتن .فتحي والي: الإشارة السابقة. حيث يرى أنه في مثل هذه الحالات فإن المشرع أعفى المدعي من الإثبات وأعفى القاضي من تقديره ، ولا يكون بحاجة إلى تبرير حكمه سوى بالإشارة إلى توافر الحالة المعنية. أي الحالة التي وردت بهذا النص.

٢٨٨ ، ٢٨٩ مرافعات ، ذلك لأن إلحاق التنفيذ المعجل بالحكم لا يتوقف على تقدير صادر عن القاضى وإنما عن القانون نفسه وفرض هذا التقدير عليه ، فلا يكون له أى تقدير بشأنه ، فالحكم يكون مشمولا بالقوة المعجلة دون حاجة إلى طلب أو قرار من القاضى ، لأن الاستعجال مفترض بقوة القانون فلا يكلف الخصم بإثباته ولا القاضى ببحثه. ويلتزم القاضى بإصدار أمره بشمول الحكم بالتنفيذ المعجل حتى لو لم يطلب منه ذلك ، وإذا أغفل إصدار هذا الأمر فإن حكمه لا يكون معيبا ، لأن القانون يتكفل بتزويده بالتنفيذ المعجل بنص القانون مباشرة[٤٦].

وإذا قدم إلى المحكمة طلب بشمول الحكم بالتنفيذ المعجل فى حالات التنفيذ المعجل الحتمى ، فإن استجابة المحكمة له لا يعدو كونه ترديدا لحكم لقانون ، وتملك المحكمة عدم التعرض له ، ولا يعد ذلك خطأ منها أو رفضا له ، لكن لا يجوز لها رفضه ، لأن ذلك يتجاوز سلطة المحكمة ويعيب حكمها ، ويكون إصلاح هذا العيب بالطعن فى الحكم بالطريق المقرر ، لأن حكم الرفض يضع عقبة تحول دون صلاحية الحكم للتنفيذ[٤٧].

١٩٥ = شهد القانون الفرنسى تطورا ملحوظا بشأن سلطة القاضى فى التنفيذ المعجل للأحكام ، فقد كانت هذه السلطة محدودة للغاية فى ظل قانون المرافعات القديم ، فقد كان التنفيذ المعجل لا يتم إلا بناء على طلب ولم يكن للقاضى سلطة الأمر به من تلقاء نفسه ، وكان يدور بين تنفيذ معجل إجبارى وتنفيذ معجل جوازى[٤٨]، يتمتع فيه القاضى بسلطة

(٤٦) أنظر: عبد الباسط جميعى: المبادئ ص ٧٧ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٨٩ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦١ ص ١٩١ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٥٨ ص ١١٥.

(٤٧) أنظر: عبد الباسط جميعى: المبادئ ص ٧٨ ، ٧٩.

(٤٨) أنظر: جلاسون ، تيسيه ، موريل: المطول ج ٣ رقم ٨٨٨ ؛ كيش وفنسان: المرافعات رقم ٣٧٤ ص ٤٣٢ ؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨١٦. وكانت هذه القاعدة مطبقة فى القانون المصرى سواء فى قوانين المرافعات القديمة أو قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩.

تقديرية فى عدد من الحالات. لكن التعديلات التى أدخلت على المادة ١٣٥ مرافعات فى٢٣ مايو ١٩٤٢ ، أعطت القاضى سلطة تقديرية كبيرة فى التنفيذ المعجل للأحكام ، فقد ألغت التفرقة السابقة واستبدلتها بتنفيذ معجل جوازى يعتمد على السلطة التقديرية للقاضى ، مع الإبقاء على مبدأ الطلب فلا يستطيع أن يأمر به من تلقاء نفسه ، وبضرورة توافر شرط الاستعجال أو الخشية من خطر التأخير ، فلا يكون للقاضى أن يأمر بالتنفيذ المعجل ما لم يتحقق من توافر الاستعجال أو الخطر من التأخير ، مع ضرورة بيان الظروف الواقعية التى تؤدى إلى توافره ، مع وجوب تسبيب قراره سواء أكان هذا التسبيب صريحا أو ضمنيا[٤٩]. لكن القانون استبعد أى تقدير للقاضى فى الحالات ، التى يكون تزويد الحكم فيها بالتنفيذ المعجل بقوة القانون ، وهو ما يتم بشكل تلقائى ودون الاعتداد بإرادة القاضى ، كالأحكام الصادرة من قاضى الأمور المستعجلة(م ٨٠٩ مرافعات)، وفى حالات أخرى قدر عدم توافرها واستبعدها من نطاق التنفيذ المعجل للأحكام كالحكم الصادر بالمصاريف (م ١٣٧ مرافعات).

١٩٦ = وقد بلغ هذا التطور مداه فى التعديلات الجوهرية التى أدخلت على المادة ١٣٥ مرافعات فى ١٧ ديسمبر ١٩٧٣ وأصبح للقاضى على أثرها سلطة تقديرية كاملة فى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل حتى من تلقاء نفسه ودون طلب ، غير مقيد فى ذلك سوى بمعيار

---

(٤٩) أنظر فى ضرورة التسبيب فى ظل النظام القديم:

Cass. soc. 27 avril 1944: D.S. 1944, 77; Gaz. Pal. 1944, 2, 176-Alger 5 avril 1951: J. C. P. 51, éd. A, 1V, 1725, observ. Madray; Rev. Trim. Dr. Civ. 1952, 116, observ. Raynaud. Pau 12 mai 1952: Gaz. Pal. Tables 1951-1955, v.Exécution provisoire, n. 5- Lyon 16 avril 1953: D. 1953, 397. Paris 15 mars 1955: Gas. Pal. Tables 1951- 1955, v. Procédure civile, n° 1194. Paris 9 oct. 1961, Gaz. Pal. Tables 1961-1965, v. Procédure civile, n° 1201.

الضـرورة وملاءمـة التنفيذ لطبيعة المسـالة[٥٠]، وقد أعيد تقديم هـذه الحلول مرة أخرى فى المادة ٥١٥ من قانون المرافعات الجديد ، وهو ما يسـمح للقاضـى بحـرية واسـعة فـى الأمـر بالتنفـيذ المعجـل مـتى قـدر ضـرورته وملاءمته لطبيعة المسألة المعروضـة ، وحتى ولو لم يطلب مـنه ذلـك ، وهـى مسـألة تعـتمد فـى المقـام الأول علـى قـناعة القاضـى الشخصـية ، ولا يكون فـى حاجـة إلـى تسبيب قـراره ، ويكفيه أن يعلن ضـرورة التنفيذ المعجل للحكم[٥١]، فالقـانون لم يقيده سوى بمعيار عام يتسم بقدر كبير من المرونة ، وقد ابتغى المشرع من وراء ذلك تقوية سلطة القاضـى ، وفـتح بـاب الاختيار أمامـه على مصراعيه. فى حين أن اتجاهـا آخـر يـرى ضـرورة التسبيب حـتى ولـو علـى نحـو مقتضـب[٥٢]، فالسـلطة الكبيـرة التـى يعترف لـه القانون بها لا تعفيه من التسبيب. لكن لا يكون لـه هذه السـلطة[٥٣]، فـى الحـالات التـى يفترض فيها القانون توافـر شـروط التنفيذ المعـجل بقـوة القـانون'' de plein droit '' كالأحكام

---

(٥٠) أنظر الفقه المؤيد لهذا الاتجاه.
Bertin, Le petit nöel du procedurier : Gaz. Pal. 1974, 1, doctr. 149.
فى حين أن بعض الفقه ، يرى أن شرط الاستعجال والخشية من خطر التأخير ، كان كافيا ، لكن الشروط الجديدة ستكون لا مفر منها ، لكن الضرورة يمكن أن تتوافر دون استعجال أو خشية من خطر التأخير ، لكن مما لا شك فيه أن توافر الاستعجال والخشية من خطر التأخير يؤدى إلى توافر الضرورة. أنظر:
Jaques Miguet, Juris-Classeur, procedure civile, Fasc. 516-2, n.70; Nancy 2 avril 1974; Rev. Trim. Dr. Civ. 1974, 860, observ. Perrot; D.S. 1974, somm. 62.

(٥١) أنظر الفقه الفرنسى المؤيد لهذه الفكرة:
M. Blanc, La preuve judiciaire, P. 142; M. Viatte, La suppression du contrôle de l'exécution provisoire, Gaz. Pal. 1974, 1, doctr. 463; Jaques Héron, Droit judiciaire privé, 1991, n° 443.

(٥٢) أنظر فى هذا الاتجاه:
Rennes 24 fev. 1984: Rev. jud. Ouest 1984, 86, note Ch. Larher; Rev. trim. dr. civ. 1984, 556, observ. Perrot; Douai 1er juin 1984: Rev. trim. dr. civ. 1984, 774, observ. Perrot.

(٥٣) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨١٦.

الصادرة فى المسائل المستعجلة.

١٩٧= وتبدو سلطة الرئيس الأول وقاضى التحضير أكثر تقييدا ، فهذه السلطة مقيدة بضرورة رفع استئناف عن الحكم وبضرورة الطلب بحيث لا يجوز تزويد الحكم بالتنفيذ المعجل تلقائيا ، فهذه السلطة مقصورة على قاضى أول درجة ، يضاف إلى ذلك القيد التقليدى بضرورة توافر الاستعجال ، إذا استند الطلب إلى المادة ٥٢٥ مرافعات فى حالة رفض الطلب فى خصومة أول درجة ، أما إذا استند إلى المادة ٥٢٦ مرافعات فإن هذا القيد لا يكون مطلوبا ، وذلك فى حالة عدم تقديم الطلب فى أول درجة أو تقديمه وإغفال الفصل فيه(٥٤) ، ومع ذلك فهناك من يرى أنه يجب أن تتوافر الضرورة والملاءمة لطبيعة المسألة حتى فى هذه الحالة(٥٥).

الامتداد إلى ملحقات الطلب

١٩٨ = لا يقتصر الأثر التنفيذى الوقتى الذى يلحق الطلب الأصلى سواء أكان هذا الأثر قد لحقه بقوة القانون أو بقرار من المحكمة ، على هذا الطلب وحده وإنما يمتد إلى ملحقاته كذلك ، وهى الحقوق التى تترتب على الحق المدعى فى الطلب الأصلى فلا يتصور وجود هذه الملحقات بدون وجود الحق(٥٦)، لذا فإنه يعد من ملحقات الطلب الأصلى كالفوائد بالنسبة للدين وطلب الثمار بالنسبة للمطالبة بملكية العين ، وطلب التعويض عما ألحقه الغاصب بها ، وطلب التعويضات بجانب المطالبة بالفسخ ، وطلب ريع الأرض إذا قدم كطلب تابع لدعوى

(٥٤) أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨٣٠ ص ٧٥٨.

(٥٥) أنظر: Dijon, 30 novembre 1981, D. 1982. 323, note Gerbay.

Héron, Droit judiciaire, n° 451, p. 322.

(٥٦) أنظر: أحمد مسلم: أصول رقم ٢٠٦ ص ٢١٣ ؛ فتحى والى: الوسيط رقم ١٤٢ ص ٢٢٥ ؛ وجدى راغب: مبادئ ص ٢٤٦ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٢٧٣ ص ٤٩٢.

الاستحقاق ، بحيث يكون لهذه الملحقات ما للطلب الأصلى من قوة تنفيذية ما دام أن المحكمة قضت بها(٥٧).

١٩٩ = وقد اختلف الرأى بشأن المصاريف ، فاتجه بعض الفقه إلى اعتبارها من المحلقات التى تمتد إليها القوة المعجلة متى قضت المحكمة بها ، استنادا إلى تبعية المصاريف للطلب الأصلى(٥٨)، بحيث تخضع لأحكامه من حيث القابلية للتنفيذ الجبرى. بينما يرى الرأى الغالب استبعاد المصاريف من نطاق الملحقات ، وبالتالى فإن القوة المعجلة التى تلحق الطلب الأصلى لا تنصرف إليها ، استنادا إلى استقلال الحكم بالمصاريف عن الحكم فى الدعوى ، فلا يأخذ حكمه ولا يخضع للقواعد التى تطبق عليه(٥٩). وقد اتخذ القانون الفرنسى موقفا صريحا من استبعاد المصاريف من نطاق التنفيذ المعجل ، وهذا ما

---

(٥٧) أنظر: عبد الباسط جميعي: المبادئ ص ٨٩ ؛ أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٢٩ ص ٦٨ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٤٣ ص ٦٥ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٠ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦٠ ص ١٩٠ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٧١ ص ١٥٦ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٦١ ص ١٢١.

(٥٨) وترجع فكرة تبعية المصاريف للطلب الأصلى ، إلى الاعتبارات العملية التى دفعت المحاكم فى فرنسا إلى تبنى هذه الفكرة من أجل تبرير الحكم التضامنى بالمصاريف ، إذا كان المحكوم عليهم من المدينين المتضامنين ، وذلك لتلافى النتائج الضارة التى تترتب على مبدأ انقسام المصاريف بين المحكوم عليهم بها ، لأن دين المصاريف من الديون المدنية التى تخضع لقاعدة لا تضامن إلا باتفاق أو بنص القانون ، وقد أراد الفقه تطبيق هذه الفكرة فى مجالات أخرى ، منها التنفيذ المعجل للأحكام. لكن هذه الفكرة ليست صحيحة ، لأن دين المصاريف ينشأ من واقعة الخسارة ، ومن الخسارة وحدها ، وليس أى شئ آخر ، بينما الطلب الأصلى ينشأ من واقعة أخرى ، ولهذا فلا يعد تابعا للطلب الأصلى. أنظر فى عرض هذه الفكرة والانتقادات الموجهة لها. للمؤلف : مسئولية الخصم عن الإجراءات ص ٣٩١.

(٥٩) أنظر: فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٤ ص ٦٥ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٠ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦٠ ص ١٩٠ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٦١ ص ١٢١. ومن الحجج التى أستند إليها هذا الرأى ، لتبرير عدم خضوع المصاريف للتنفيذ المعجل ، أن هذا النوع من التنفيذ هو نظام استثنائى ، فلا ينطبق إلا على الحكم الصادر فى الموضوع. وهذه الحجة لا تفيد استبعاد المصاريف من نطاق التنفيذ المعجل ، لأنها لو كانت صحيحه ، لما امتد هذا التنفيذ إلى الملحقات ، وإنما الصحيح أن المصاريف ليست من الملحقات ، ولا يسرى عليها حكمها ، من جهة أخرى فإن التنفيذ المعجل ليس نظاما استثنائيا ، وإنما هو وجه من وجوه الحماية القضائية الوقتية ، ولا يمكن وصف هذا النوع من الحماية بأنه نظام استثنائى.

تناولته المادة ٢/٥١٥ مرافعات ، التى أجازت شمول الحكم الصادر فى الموضـوع بالتنفيذ المعجل كليـا أو جزئيـا عـدا الحكـم الصـادر بالمصـاريف(٦٠)، وهـو مـا كانـت تقضـى بـه المـادة ١٣٧ مـن قـانون المرافعات القديم.

التنفيذ المعجل للجانب الملــــزم

٢٠٠ = شمول الحكم بالتنفيذ المعجل سواء بحكم المحكمة أو بنص القانون ، لا ينصرف أثره سوى للجانب الملزم من الحكم والصالح للتنفيذ الجبرى ، والذى وتناولته المحكمة فى حكمها ، أما الجوانب الأخرى منه والتى لا تتضمن قضـاء من هذا النوع ، فإنها لا تخضع لهذا الأثر ، فإذا قضت المحكمة فى حكمها بملكية العين للمدعى وبإلزام المعتدى بردها إليه ، وشملت حكمها بالتنفيذ المعجل ، فإن الأثر التنفيذى لهذا القرار لا يلحق سوى الشق الأخير دون غيره من أجزاء الحكم الأخرى ، باعتباره الشق الصالح للتنفيذ الجبرى.

كذلك ومن منطلق السلطة التقديرية للقاضـى(٦١)، فإنـه يكـون لـه تزويد الحكم بالتنفيذ المعجل الجزئى ، بحيث يكون له الأمر بتنفيذ الحكم فى جانب منه دون جوانبه الأخرى ، رغم صلاحيتها للتنفيذ الجبرى ، وهـو مـا أشـارت إليه المـادة ٥١٥ مـرافعات فرنسـى ، والـتى أجـازت

(٦٠) طبقت أحكام القضـاء الفرنسـى ، الحكم الوارد فى المـادة ٥١٥ بشأن المصاريف ، على المصاريف التى يحكم بها على أساس المادة ٧٠٠ مرافعات.

Civ. 2e, 23 janvier. 1985: J. C. P. 1985, IV, 128, Gaz. Pal. 1985, pan. 124, obs. Gunchard; Lyon, 3 mars 1981, D. 1981, IR. 373. obs. Julien; J. C. P. 81, II, 19649, note J.A.; Rev. Trim. Dr. Civ. 1981, 695, obs.Perrot.

كان قانون المرافعات الإيطالى الصادرسنة١٨٦٥ ، يتضمن نصـا صريحا يقضى بأن الحكم بالمصاريف لا يتبع الحكم الأصلى من حيث التنفيذ المعجل ، لكن المشرع الإيطالى حذف هذا النص فى قانون المرافعات الصـادر سنة ١٩٤٠ ، وقد فسر الفقه هذا السكوت على أنه إجازة لشمول المصـاريف بالتنفيذ المعجل على أساس أنها تعتبر ملحقة بالحكم الأصلى. أنظر: محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦٠ ص ١٩٠.

(٦١) أنظر فى سلطة القاضى التقديرية ما تقدم رقم ١٩١.

للقاضى أن يأمر بالتنفيذ المعجل للحكم كليا أو جزئيا وفى أى حالة. فإذا قضت المحكمة بطرد الغاصب من العين وتسلميها خالية إلى المالك مع إلزام الغاصب بالتعويض عن الأضرار التى لحقت بمالك العين ، واقتصرت فى حكمها على شمول الشق الأول فقط بالتنفيذ المعجل فإن هذا الشق وحده يكون من الممكن تنفيذه جبرا ، دون الشق الثانى الذى يخضع فى تنفيذه لحكم القواعد العادية[٦٢].

الاتفاق على التنفيذ المعجـــــل

٢٠١ = المبدأ المقرر فى المادة ٢٨٧ مرافعات أن التنفيذ المعجل لا يكون إلا بنص القانون أو بأمر القاضى ، وهو الحكم الذى ورد فى المادة ٥١٤ مرافعات فرنسى فالتنفيذ المعجل لا يلحق الحكم إلا بأمر من المحكمة ما لم يكن الحكم مشمولا به بقوة القانون. ولم تتضمن النصوص القانونية ما يفيد الخروج على هذا المبدأ بحيث يكتسب الحكم القوة المعجلة باتفاق الخصوم ، ذلك لأن المشرع يقيد القاضى فى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل بتنظيم لا يكون من الممكن الخروج عليه ، بحيث يتعين عليه قبل أن يصدر أمره بشمول الحكم بالقوة المعجلة ، التحقق من توافر شروط الحماية الوقتية ، ولهذا فإن تقدير توافر الاستعجال وهو ما يبرر شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، هو من الأمور التى تخرج عن سلطة الخصوم وتقديراتهم ، ويستخلصها القاضى من الظروف المحيطة بالدعوى ويجرى تقديرها فى كل حالة على حدة[٦٣].

---

(٦٢) أنظر: محمود هاشم: قواعد رقم ٧٢ ص ١٥٧ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٦٢ ص ١٢١. والإشارة الملحقة بهذه الفقرة وإحالتها حكم النقض الصادر فى ١٩٨١/١١/١٨ - طعن رقم ٨٨٤ لسنة ٤٦ ق.

(٦٣) أنظر فى تأييد هذا الاتجاه ، والحجج التى يستند إليها تفصيلا ، والمشار إليها بإيجاز فى المتن : فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٢ ص ٦٢ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٥٩ ص ١١٦ ؛ والنظر إلى القواعد المتعلقة بالتنفيذ المعجل ، وقواعد الكفالة أو بوقف التنفيذ أو استمراره ، على أنها تتعلق بأسس التنظيم القضائى ، ومبادئ وأصول التنفيذ الجبرى ، مما يجعلها بعيدة عن متناول الإرادة الفردية ، خارجة عن نطاق تأثيرها ، المرجع السابق رقم ٥٥.

ولهذا فإنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على التنفيذ المعجل للحكم ، خارج الحالات التى يتقرر فيها هذا التنفيذ قانونا أو قضاء. وقد أجاز جانب من الفقه هذا الاتفاق ، استنادا إلى أن قواعد التنفيذ المعجل مقررة للمصلحة الخاصة ، وأن التنفيذ الاختيارى يجوز دائما ، وهو ما يسمح للخصوم بالاتفاق على صلاحية الحكم للتنفيذ جبرا ، بالإضافة إلى حجة أخرى مفادها ، أن للخصوم الاتفاق على أن يكون حكم محكمة أول درجة انتهائيا(م٢١٩/٢ مرافعات)، وطالما أنه يكون للخصوم ذلك فلم لا يكون بإمكانهم الحل الأقل وهو إضفاء التنفيذ المعجل على الحكم[٦٤].

وفى اعتقادى أنه لا يوجد قانونا ما يدل على إمكان فرض أثر هذا الاتفاق على القاضى ، على النحو الذى يحمله على الأمر بشمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، وإذا كان من الممكن تصور اتفاق بين الخصوم على التنفيذ الفورى للحكم ، فإن هذا الاتفاق سوف يكون محلا لتطبيق المادة ٢١٩/٢ مرافعات ، وعلى أساسها فإن الحكم سوف يصدر انتهائيا غير قابل للطعن ، ويكون صالحا للتنفيذ طبقا للقواعد العادية وليس طبقا لقواعد التنفيذ المعجل.

٢٠٢ = لكن يجوز التنازل عن التنفيذ المعجل للحكم ، ذلك لأنه يتعلق بالتنازل عن الحق فى التنفيذ الوقتى ، وليس هناك ما يلزم المحكوم له على بدء إجراءات التنفيذ ، فقد يجد أن مصلحته تقتضى التريث ، حتى يفصل فى الطعن المرفوع ضد الحكم إذا ما طعن فيه ، فهذه المسألة تتصل باستعماله لحق إجرائى يتمتع صاحبة فى استعماله بسلطة

(٦٤) أنظر فى هذا الرأى : وجدى راغب: التنفيذ ص ٨٧ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٥٨. والحقيقة فإن المشكلة التى يمكن أن تواجه هذا الاتجاه ، تتمثل فى معرفة أثر هذا الاتفاق ليس فقط على تزويد الحكم بالتنفيذ المعجل ، وإنما على الحق فى الطعن أيضا ، وهل أثر الاتفاق ينصرف إليهما معا ، أم إلى التنفيذ المعجل وحده ، فإذا كان الأثر ينصرف إلى الاثنين معا ، فإن المادة ٢١٩/٢ تكون هى الأولى بالتطبيق ، وإذا اقتصر على التنفيذ المعجل وحده ، بحيث يظل للمحكوم عليه الحق فى الطعن فى الحكم ، فماذا تكون فائدة الاتفاق إذن ، الذى يسمح للحكم بالقوة التنفيذية ، فى الوقت الذى يظل فيه باب الطعن فى الحكم مفتوحا.

تقديرية كبيرة ، تسمح له بتقدير ما إذا كان هذا الاستعمال مناسبا ومحققا لمصلحته أم لا ، وهذا هو طابع الحقوق الإجرائية ، التى تسمح بحرية كبيرة فى التصرف والتنازل ، وهو ما يترك أثره على وسائل الحماية التى ترعى هذه الحقوق ، حيث يكون استعمالها متوقفا على تقدير صاحب المصلحة لمدى ملاءمة هذا الاستعمال لمصالحه ، وليس هناك ما يلزم الدائن المزود بسند تنفيذى على استعمال الحق المخول له قانونا فقد يفضل الالتجاء إلى وسائل أخرى ، إذا قدر أنها أكثر فعالية فى حصوله على حقه. ولهذا يجوز له التنازل عن التنفيذ المعجل ، سواء أكان هذا التنازل سابقا أو لاحقا على رفع الدعوى ، وكل ما يترتب عليه هو تأجيل التنفيذ حتى يحوز الحكم القوة التنفيذية العادية ، ما لم يتعارض هذا التنازل مع نصوص القانون[٦٥].

استبعاد التنفيذ المعجـــــل

٢٠٣ = قد يستبعد القانون التنفيذ المعجل للحكم فى بعض الحالات ولهذا فإنه لا يجوز للقاضى أن يأمر بشمول الحكم بالتنفيذ المعجل فيها ، وقد تناول القانون الفرنسى هذه المسألة بالتنظيم فى المادة ١٣٥ مرافعات معدلة فى ٢٣ مايو ١٩٤٢ ، والتى كانت تنص على عدم جواز الأمر بالتنفيذ المعجل للحكم ، فى الحالات التى ينص فيها القانون على ذلك ، أو فى حالة استبعاده بسبب طبيعة المسألة[٦٦]، لكن المادة ٥١٥ مرافعات جديد عدلت هذه الصياغة فاشترطت للأمر بالتنفيذ المعجل ،

---

(٦٥) أنظر فى تأييد هذا الاتجاه. فتحى والى: الإشارة السابقة ؛ وجدى راغب: الإشارة السابقة؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٥٩ ص ١٩٠. لكن يستثنى من ذلك الحالات التى لا يجوز فيها التنازل بناء على نص فى القانون ، ومثال ذلك ، المادة ٦ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ٥٩ والتى لا تجيز التنازل عن التنفيذ المعجل الذى تقرره المادة ٧ لصالح العمال.

(٦٦) أنظر فى هذا الموضوع:

Hébraud, Commentaire de la loi du 23 mai 1942 sur l'exécution provisoire des jugements: D. C. 1942, legisl. 61, col. 3; Vincent et Guinchard, Procedure civile n° 815.

إلا يكون التنفيذ مستبعدا بواسطة القانون[٦٧]، لكن شيئا لم يتغير عن ذى قبل فالاستبعاد إما أن يكون بنص القانون أو بسبب طبيعة المسألة ، ويرجع السبب فى ذلك ، إلى تبنى هذه المادة للملاءمة كمعيار لمنح التنفيذ المعجل ، وهو ما يؤدى بطبيعة الحال إلى استبعاد التنفيذ المعجل إذا ما تعارض مع طبيعة المسألة[٦٨].

٢٠٤ = ومن حالات الاستبعاد بنص القانون ما ورد فى المادة ٢/٥١٥ مرافعات جديد والتى نصت على عدم جواز الأمر بشمول الحكم الصادر بالمصاريف بالتنفيذ المعجل ، وقد طبق القضاء الحكم ذاته على المصاريف الصادرة تطبيقا للمادة ٧٠٠ مرافعات[٦٩]، وقد استبعدت المادة ١/١٠٨٠ مرافعات(مضافة بالمرسوم ٨٤-٦١٨ فى ١٣ يوليو ١٩٨٤)، التعويض ''prestations compensatoire'' المحدد فى الحكم الصادر بالطلاق من نطاق التنفيذ المعجل[٧٠]. وقد رتبت المادة

---

(٦٧) وقد جاءت صياغة هذا الحظر على النحو التالى :

à condition qu'elle ne soit pas interdite par la loi .

(٦٨) أنظـــــــر:

J. Miguet, Juris - classeur Procédure civile. Facs.516-2.

ومن الأمثلة التى يتعارض فيها التنفيذ المعجل مع طبيعة المسألة ، وما يصدر من أحكام فى موضوعات الحالة الشخصية للأشخاص '' état des personnes ''. أنظر: فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨١٥. وما يصدر من أحكام بوفاء ثمن العقار مشمولا بالتنفيذ المعجل ، فى الوقت الذى رفعت فيه دعوى الشفعة أو شمول الحكم بالتنفيذ المعجل مع كفالة غير كافية للرد والتعويضات ، يشكل تنفيذا محظورا قانونا. أنظر:

Grenoble, réf., 16 mars 1982: Gaz. Pal. 1982,2, 375, note Loyer-Lahrer; Cass. Civ.II, 31 janv. 1985: J.C.P. 85, éd.G, IV, 136; Gaz.Pal. 1985, 1, pan. jur. 122, observ. Guinchard, Bull. Civ. II, n° 27.

(٦٩) أنظر من أحكام القضاء الفرنسى:

Civ. 2e, 23 janv. 1985 : J.C.P. 1985, IV, 128, Gaz. Pal. 1985, pan.124, obs. Gunchard; Lyon, 3 mars 1981, D.1981, IR. 373. obs. Julien; J.C.P. 81, II, 19649, note J.A.; Rev.Trim.Dr.Civ.1981, 695, obs. Perrot.

(٧٠) وفيما يتعلق باستبعاد الحكم الصادر بالطلاق من نطاق التنفيذ المعجل ، فقد استند البعض إلى المادة ١١٢٢ مرافعات ، وما ترتبه من أثر للطعن بالنقض على قوة الحكم التنفيذية. أنظر: ايرون : قانون القضاء رقم ٤٤٣ ص ٣١٦.

٢٢١٥ من القانون المدنى أثرا محدودا للحكم المزود بالتنفيذ المعجل ، فقد أجازت إجراء الحجز استنادا إليه ولكن لا يجوز إجراء البيع القضائى إلا بعد أن يحوز الحكم القوة التنفيذية العادية.

٢٠٥ = لم يتضمن القانون المصرى تنظيما مماثلا لحالات الاستبعاد من نطاق التنفيذ المعجل ، لكن فى الحالات التى ينص فيها القانون على الاستبعاد من نطاق التنفيذ المعجل ، فإنه لا يكون ممكنا شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، وقد قدمت المادة ٤٢٦ مرافعات نموذجا للقوة المحدودة للحكم المشمول بالتنفيذ المعجل بقولها'' للدائن الذى يباشر الإجراءات ولكل دائن أصبح طرفا فيها وفقا للمادة ٤١٧ أن يستصدر أمرا من قاضى التنفيذ بتحديد جلسة البيع. ويصدر القاضى أمره بعد التحقق من الفصل فى جميع الاعتراضات المقدمة فى الميعاد بأحكام واجبة النفاذ وبعد التحقق من أن الحكم المنفذ به أصبح نهائيا''. وهكذا فإن هذا النص يوجب على قاضى التنفيذ عند إجراء بيع العقارات وفى الحالات التى يتم الحجز فيها على العقار بحكم مشمول بالتنفيذ المعجل ، إلا يصدر أمره بتحديد جلسة البيع إلا بعد التحقق من أن الحكم المنفذ بمقتضاه ، قد أصبح حكما انتهائيا أى حائزا على القوة التنفيذية العادية(٧١).

---

(٧١) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٢٦ ص ٦٤ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٧٢ ص ١٥٧. ومن أحكام النقض فى هذا الصدد قول المحكمة'' الأصل وعلى ما تقضى به المادة ٤٢٦ من قانون المرافعات أن قاضى التنفيذ لا يصدر أمرا بتحديد جلسة البيع إلا بعد التحقق من أن الحكم المنفذ به أصبح نهائيا ومن المقرر أن عدم نهائية الحكم المنفذ به أمام قاضى التنفيذ هو من أسباب الوقف الوجوبى - لإجراءات بيع العقار- بحيث يسوغ الطعن بالاستئناف فى الحكم بإيقاع البيع إذا ما صدر بعد رفض طلب وقف الإجراءات بناء عليه عملا بالمادة ١/٤٥١ مرافعات ويوجب الحكم بوقف البيع''. نقض ١٩٧٦/١/١٤ س ٢٧ قضائية ص ٢١٣.

المبحث الثالث

صـــور القـوة التنفيــذية الوقتيــة

تمهيـــــــد

٢٠٦ = تعتمد القوة التنفيذية الوقتية من حيث المبدأ على قاعدة أساسية تمثل الصورة العامة فى هذا التنظيم ، يكون تزويد الحكم فيها بالتنفيذ المعجل ، فى الحالات التى تتوافر فيها شروط الحماية الوقتية من استعجال وترجيح لوجود الحق ، ولا يكون للحكم هذه القوة إلا بقرار من القاضى بناء على طلب الخصم ، ويطلق عليها التنفيذ المعجل الجوازى أو القضائى ، كما تتضمن هذه الصورة كذلك ، عددا من الحالات الخاصة التى يفترض فيها القانون فيها توافر شروط الحماية الوقتية.

وقد اعتمد هذا التنظيم إلى جوار هذه الصورة والتى تمثل القاعدة العامة فى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، صورة أخرى استثنائية فى عدد من الحالات ، يكون شمول الحكم فيها بالتنفيذ المعجل بناء على نصوص القانون مباشرة ودون حاجه إلى طلب ، ويطلق على هذه الصورة التنفيذ المعجل الحتمى أو بقوة القانون .

المطلب الأول

الصورة العامـــــــة

المقصود بها وخصائصهـــا

٢٠٧ = وهى الصورة التى تمثل القاعدة العامة ، وعلى أساسها يجرى شمول الحكم الابتدائى بالتنفيذ المعجل بقرار من القاضى بناء على طلب الخصم ، متى قدر توافر شروط الحماية الوقتية ، بحيث يكون الحكم صالحا للتنفيذ بصفة وقتية ، ويتحدد مصيره بناء على نتيجة

الطعن فى الحكم ، فإما أن يسفر عن زوال للحكم وزوال قوته ، وإما أن يتحول إلى القاعدة العادية بتأييد الحكم من محكمة الطعن.

٢٠٨ = وقد أسند القانون مهمة بيان أحكام هذه الصورة إلى المادة ٢٩٠ مرافعات ، والتى تتضمن قاعدة عامة مفادها أن التنفيذ المعجل الجوازى هو الأصل فى القانون المصرى ، وذلك من خلال الربط بين شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، وبين توافر شروط الحماية الوقتية ، وهو ما يسمح بشمول الحكم بالتنفيذ المعجل فى أى أية حالة تتوافر فيها هذه الشروط ، دون أن يكون القاضى مقيدا بعدد معين منها ، وعلى هذا النحو فإن هذه الصورة تتسع لعدد من الحالات لا يقع تحت الحصر. وهو الحل الذى تبناه القانون الفرنسى فى المادة ٥١٥ مرافعات ، وإن كان هذا القانون قد تبنى معيارا اكثر مرونة من القانون المصرى ، يعتمد على القناعة الشخصية للقاضى من حيث ضرورة التنفيذ المعجل للحكم ، وأن يكون التنفيذ ملائما لطبيعة المسألة المعروضة عليه.

٢٠٩ = ويعتمد تزويد الحكم بالتنفيذ المعجل على السلطة التقديرية للقاضى ، فيكون له إجابة أو رفض طلب التنفيذ المعجل ، بحسب تقديره لظروف الحالة المعروضة ومدى ما يلابسها من ظروف موضوعية وشخصية[١]، تبرر الاستعجال فى منح التنفيذ المعجل للحكم ، ويكون له هذه السلطة كذلك فى موضوع الكفالة ، فالإلزام بها فى حالات التنفيذ المعجل الجوازى يعتمد على سلطة القاضى التقديرية(م٢٩٠ مرافعات). ويتمتع القاضى الفرنسى بسلطة تقديرية اكثر اتساعا ، تعتمد فى المقام الأول على الاقتناع الشخصى للقاضى ، فيكون له من تلقاء نفسه شمول الحكم بالتنفيذ المعجل حتى لو لم يتوافر الاستعجال ، طالما قدر ضرورة التنفيذ المعجل للحكم ، على أن يكون التنفيذ ملائما لطبيعة المسألة الصادر فيها الحكم.

---

(١) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٤ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٧٣ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٦٩ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧٧ ص ١٤٠.

٢١٠ = ويستند تزويد الحكم بالتنفيذ المعجل على طلب الخصم ، فلا يجوز للقاضى شمول الحكم بهذه القوة من تلقاء نفسه ، ويكون تقديم هذا الطلب فى أية حالة تكون عليها الدعوى فى خصومة أول درجة وحتى قفل باب المرافعة. وقد أجاز القانون الفرنسى للقاضى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل من تلقاء نفسه ، وأجاز تقديم الطب ليس أمام قضاء أول درجة فقط ، وإنما أمام قضاء الاستئناف كذلك.

٢١١ = ولا يكون الحكم صالحا للتنفيذ ما لم يأمر القاضى بشموله بالتنفيذ المعجل ، وأن يعبر عن ذلك صراحة فى منطوق حكمه مع تسبيب قراره ، وما لم يتضمن الحكم قرارا بشموله بالتنفيذ بالمعجل ، فإنه لا يكون صالحا للتنفيذ ، فالتنفيذ المعجل لا يكون إلا بأمر المحكمة أو بنص القانون(م ٢٨٧ مرافعات). وقد انتهى القانون الفرنسى إلى هذا الحكم فى المادة ٥١٤ مرافعات.

٢١٢ = يقتصر نطاق تطبيق التنفيذ المعجل الجوازى على الأحكام الصادرة فى المسائل المدنية ، لأن الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة والمواد التجارية ، والأحكام الصادرة بالنفقة فى مسائل الأحوال الشخصية ، تكون مشمولة بالتنفيذ المعجل الحتمى أو بنص القانون.

٢١٣ = يميز التنظيم الإجرائى للتنفيذ المعجل الجوازى بين الصورة التى تمثل القاعدة العادية فى التنفيذ المعجل الجوازى ، والتى تخضع للشروط العامة فى الحماية الوقتية ، وتتسع لعدد غير محدد من الحالات ، ويتمتع فيها القاضى بسلطة تقديرية كاملة ، وبين الصورة التى تمثل القاعدة الخاصة فى هذا النوع من الحماية ، وتخضع لذات الشروط الواجب توافرها فى الصورة السابقة ، إلا أنها تعالج عددا من الحالات ، افترض القانون الاستعجال فى بعضها ، ورجحان الحق فى بعضها الآخر.

الفرع الأول

التنفيذ المعجل الجـــــوازى

ضرورة توافر شروط الحماية الوقتية

٢١٤ = يستند التنفيذ المعجل الجوازى أو القضائى إلى المادة ٦/٢٩٠ مرافعات ، والتى تربط بين شمول الحكم بالتنفيذ وبين ضرورة توافر شروط الحماية الوقتية بنصها على أنه'' يجوز الأمر بالنفاذ المعجل . . . إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له''. وبهذه القاعدة يكون القانون المصرى قد تحرر من الإطار التقليدى(٢)، الذى يقيد نشاط القاضى بعدد معين من الحالات لا يمكن تجاوزها ، وأقر له بسلطة واسعة فى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل فى أية حالة من الحالات ، متى توافر شرطى الاستعجال ورجحان وجود الحق حتى لو لم يتوافر أى من الحالات التى وردت فى الفقرات من ١ : ٥ من هذه المادة ، ذلك لأن اعتماد هذه القاعدة على هذا النحو ، يجعل من هذه الحالات واردة على سبيل المثال لا الحصر.

٢١٥ = وقد صاغت المادة ٦/٢٩٠ مرافعات شرط الاستعجال فى عبارة الخطر الناشئ عن التأخير فى تقديم الحماية العادية(٣)، وهو الخطر الذى يهدد مصالح المحكوم له بأضرار ، قد لا يكون من الممكن توقيها إلا بالسماح بالتنفيذ المعجل للحكم. وهو التعبير الذى استخدمه

---

(٢) أنظر عرضا لتطور التنفيذ المعجل فى القانون المصرى ، ما بين تقييد سلطة القاضى بعدد من الحالات بعضها وجوبى وبعضها جوازى ، وبين إطلاق سلطته فى الأمر بالتنفيذ المعجل ، بتوافر شروط الحماية الوقتية ، ما تقدم رقم ٢٢ وما يليه.

(٣) أنظر: أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧٧ ص ١٤٠. والنظر إلى الصياغة الواردة فى المادة ٦/٢٩٠ مرافعات ، على أنها ترجمة للعنصر الأساسى لفكرة الاستعجال ، التى تشكل بدورها جوهر الحماية الوقتية ، فالضرر الذى يهدد مصالح المحكوم له ، يرجع إلى تأخير الحماية التنفيذية العادية. لكن يبقى من هذه العناصر ، الخشية من الضرر المحتمل وعنصر الوقت والزمن.

القـانون الإيطـالى ، وكـان القـانون الفرنســى يتبـنى معـيار الاسـتعجال والخطـر مـن التأخـير ، بعد تعديـل المـادة ١٣٥ مـرافعات فـى ٢٣ مـايو ١٩٤٢ لكن قـانون المرافعات الجديد تبنى قاعدة أكثر مرونة تعتمد على معيار الضرورة والملاءمة لطبيعة المسألة(م ٥١٥ مرافعات)[٤].

أولا:الاستعجـــــــال

٢١٦ = الاستعجال " urgence " هو الأساس الذى تنطلق منه إعمال الحماية الوقتية[٥]، ولا يتوافر إلا فى ظل الخطر المحدق الذى يترصد الحقوق وينذر بأضرار قد لا يكون من الممكن إصلاحها فى المستقبل إذا ما تحقق الضرر بالفعل ، وهو ما يقتضى سرعة التدخل من أجل درء الخطر وتوقيه أو على الأقل حصر آثاره فى أضيق الحدود ، باتخاذ التدابير اللازمة والتى يظل لها فعاليتها إلى أن يزول الخطر أو يتدخل القضـاء بحمايته العاديـة. ذلك لأن مواجهـة الأخطـار وشيكة الوقـوع ، التى تتهدد الحقوق والمراكز القانونية هى مبرر هذا النوع من التدخل ، بحيث يبادر القاضى وعلى وجه السرعة إلى اتخاذ التدابير الوقتية المناسبة للوقاية من الضرر ومنع وقوعـه[٦].

(٤) أنظر: كيش وفنسان: المرافعات رقم ٣٧٤ ص ٤٣٢ ؛ ايرون: قانون القضاء رقم ٤٤٣.

(٥) أنظر فى هذا الموضوع: وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٠٨ ، نحو فكرة عامة للقضـاء الوقتى فى قانون المرافعات – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – عدد ١ ص٢٤ ؛ أمينة النمر: مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – رسالة ١٩٦٧ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٥٤ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات رقم ٣١١ ؛ محمد على راتب ونصر الدين كامل: قضاء الأمور المستعجلة ١٩٨٥ وفى الفقه الفرنسى.
M. FRANCES, Essai sur la notion d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé, Thèse Toulouse 1935 ; J. MICHAUD, La notion d'urgence en droit judiciaire, Thèse Paris 1954.

(٦)) يتمتع القاضى المستعجل بسلطة تقديرية فى اتخاذ ما يراه مناسبا من تدابير لمواجهة الخطر الذى يتهدد الحق ، حتى لو كانت هذه التدابير تختلف عن الطلبات المطروحة عليه. ومع الاتفاق حول هذه المبدأ ، فقد وقع الخلاف حول الأساس الذى تستند إليه ، فقد أرجعها البعض ، إلى فكرة" تحوير الطلبات". عبد الباسط جميعى: شرح الإجراءات المدنية ص ١٥٦ ، نظرية الاختصاص ص ١٢٤. بينما يرى رأى آخر ، أن سلطة القاضى فى هذه الحالة لا تشكل استثناء

٢١٧ = ولا يختلف مفهوم الاستعجال فى التنفيذ المعجل الجوازى عن هذا المعنى ، باعتباره صورة من صور الحماية الوقتية ، فالأخطار التى تهدد المحكوم له بسبب تأخير الحماية التنفيذية العادية ، هى التى تبرر التنفيذ المعجل للحكم أى تبرر الاستعجال فى منح الحماية التنفيذية ولهذا فإنه يجب أن يكون التأخير هو السبب فى هذا التهديد فلا يكفى أن يكون التأخير ناشئا عن أى سبب آخر[٦]. لكن هذا الخطر لا بد أن يبدو فى صورة تهديد بأضرار محتملة[٧]، يمكن أن تصيب المحكوم له من جراء هذا التأخير ، فالأضرار التى يمكن أن تنشأ من مصدر آخر لا تبرر هذا النوع من الحماية.

٢١٨ = ولا يكفى أى ضرر لتبرير شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، لأن المادة ٢٩٠ مرافعات تشترط جسامة الضرر ، وبحسب تعريف الفقه لـه ، فإنه الضرر المستنفد الذى يستنفد آثاره بحيث لا يكون لأى تعويض لاحق إشباع المصالح التى أضيرت إشباعا تاما أو إزالة نتائجه تماما[٨]. أو مـا يكون ضررا استثنائيا غير عـادى سـواء أكـان ماديـا أو أدبيا[٩]،

على مبدأ حياد القاضى ، وإنما تخضع للقواعد العامة فى التقيد بالطلبات ، وتجد أساسها فى أفكار أخرى ، كفكرة الطلب الضمنى ، فإذا قدم إلى القاضى طلبا موضوعيا يشتمل ضمنيا على طلب وقتى ، فيكون له أن يقضى فى الطلب الأخير ، أو إذا قدم إليه طلبا يتضمن إجراء محددا ، فله أن يقضى بإجراء آخر ، باعتباره الأداة التى تحقق مضمون الطلب الوقتى. أنظر: أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٣١٣.

(٦) أنظر فى تأييد فكرة الاستعجال. وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٤ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٧٣ ص ١٩٩ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٦٩ ص ١٤٥ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧٧ ص ١٤٠. لكن رأيا آخر يرى ، أن الاستعجال ليس شرطا فى القانون المصرى للأمر بالنفاذ المعجل حيث يتصور النفاذ ولو لم يوجد استعجال. أنظر: فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٤ ص ٦٥.

(٧) أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ فتحى والى: الإشارة السابقة. لا يشترط أن يكون الضرر مؤكدا ، فهذا التأكيد لا يمكن التحقق منه مقدما ، ولهذا فإنه يكفى وجود احتمال قوى لتحقق الضرر .

(٨) أنظر: أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧٧ ص١٤٠. ومن أمثلة هذا النوع من الضرر ، أن يكون المحكوم له فى حاجة ماسة إلى التنفيذ ، وإلا تعرض للفاقة والمهانة ، أو تعرض للإفلاس ، بحيث لا يكون التعويض مجديا ، إذا ما هلك جوعا أو اشهر إفلاسه.

(٩) أنظر: محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٧٣ ص ١٩٩.

بحيث يكون على قدر من الأهمية ، تبرر الاستعجال فى منح الحماية المطلوبة ، فالأضرار التى تنشأ عادة من تأخير التنفيذ لا تكون كافية. وعلى كل حال ، فإن تقدير مدى جسامة الضرر من عدمه من المسائل التى يستقل القاضى بتقديرها ، مراعيا فى ذلك ، ظروف كل حالة على حده وما يلابسها من ظروف موضوعية وشخصية[١٠]، على أن يدخل فى عملية التقدير الظروف المؤثرة فى جسامة الضرر من الجانبين[١١]، وما يمكن أن يتعرض له المحكوم له من خطر عدم استيفاء حقه ، إذا لم ينفذ الحكم فور صدوره ، بالنظر إلى الإعسار أو الإفلاس المحتمل للمحكوم عليه[١٢]، ومدى حاجته الماسة للحصول على التعويض وأثر التأخير على جسامة الضرر. على أن سلطة القاضى التقديرية بصدد جسامة الضرر تمتد إلى الموازنة بين مصالح الخصوم وما يمكن أن يصيب أحدهما على حساب الطرف الآخر ، كأن يكون ضرر المحكوم له بعدم التنفيذ يفوق إلى حد كبير ضرر المحكوم عليه من التنفيذ الفورى للحكم ، مع مراعاة أن ما يعد ضررا جسيما بالنسبة لأحد الأشخاص ، قد لا يكون كذلك بالنسبة لشخص آخر[١٣].

---

(١٠) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٤ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٧٣ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٦٩ ص ١٤٥ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧٧.

(١١) إذ أن جسامة الضرر تتأثر بوجود أزمة إسكان أو مرض المحكوم له أو حاجته الملحة إلى العين محل النزاع ، لذا يكون للمحكمة من أجل مواجهة هذه الظروف ، أن تحكم بإجراء الإصلاحات العاجلة ، أو الحكم بالإخلاء عند انتهاء عقد الإيجار أو فسخه والحكم برد الحيازة أو سلبها. أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٤.

(١٢) أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٧٣ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٤ ص ٦٥ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٦٩ ص ١٤٥ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧٧ ص ١٤٠. قد ذهب رأى آخر إلى عكس الرأى السابق ، حيث يرى أن احتمال إعسار المحكوم عليه ، لا يدخل كأساس عند تقدير جسامة الضرر ، وأن مدى عوز المحكوم له إلى ما يجنيه من تنفيذ الحكم ، لا يرقى إلى حد تحقيق مصلحة قانونية يجب حمايتها. أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٣٨ ص ٩٤.

(١٣) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ القضائى ص٩٤ ؛ عبد الخالق عمر: مبادئ التنيذ رقم ١٧٣؛ فتحى والى: الإشارة السابقة ؛ محمود هاشم: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

٢١٩ = وقرار القاضى بشمول الحكم بالتنفيذ المعجل الجوازى ، يحتاج إلى تسبيب ويجب أن يكون هذا التسبيب كافيا[١٤]، يتناول بالتوضيح الوقائع المكونة للضرر الجسيم وفقا للقواعد العامة ، ولا يكفى أن يستند القاضى فى حكمه إلى أسباب عامة أو أسباب غامضة ، كأن يقول أن التأخير يضر بالمحكوم له ضررا جسيما.

٢٢٠ = وقد اعتمد القانون الفرنسى فكرة الاستعجال والخشية من خطر التأخير كأساس للتنفيذ المعجل الجوازى فى المادة ١٣٥ مرافعات معدله فى ٢٣ مايو ١٩٤٢ ، بعد أن ألغيت التفرقة التى كانت قائمة من قبل فى التنفيذ المعجل القضائى ، ما بين تنفيذ معجل وجوبى وجوازى واستبدالها بهذه الصورة وحدها. مع الاعتراف للقاضى بسلطة تقديرية فى الأمر بالتنفيذ المعجل للحكم ، لكن هذه السلطة مقيدة بضرورة التحقق من توافر الاستعجال أو الخطر من التأخير ، مع بيان الظروف الواقعية التى تؤدى إلى توافره ، ويجب على القاضى تسبيب قراره سواء أكان هذا التسبيب صريحا أو ضمنيا[١٥].

لكنه عدل عن هذه الفكرة بالتعديل الجوهرى الذى أدخله على هذه المادة فى ١٧ ديسمبر ١٩٧٣ واستبدلها بفكرة الضرورة والملاءمة[١٦]،

---

(١٤) أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ فتحى والى: الإشارة السابقة ، بينما يرى رأى آخر ، أن مجرد شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، تطبيقا للفقرة السادسة من المادة ٢٩٠ مرافعات ، يشف عن سبب هذا الشمول ، ولا يتطلب تبريرا خاصا. أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٣٨ ص ٩٤.

(١٥) أنظر فى ضرورة التسبيب فى ظل النظام القديم ما تقدم رقم ١٩٦.

(١٦) أنظر الفقه المؤيد لهذا الاتجاه:

Bertin, Le petit nöel du procedurier : Gaz. Pal. 1974, 1, doctr. 149.

فى حين أن بعض الفقه ، يرى أن شرط الاستعجال والخشية من خطر التأخير كان كافيا ، لكن الشروط الجديدة سوف تكون ضرورية ولا مفر منها ، لكن الضرورة يمكن أن تتوافر دون استعجال أو خشية من خطر التأخير ، لكن مما لا شك فيه أن توافر الاستعجال والخشية من خطر التأخير يؤدى إلى توافر الضرورة. أنظر:

Jaques Miguet, Juris-Classeur, procedure civile Fasc. 516 - 2, n° 70 ; Nancy 2 avril 1974; Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1974, 860.

وأقر على أثرها للقاضى بسلطة تقديرية كبيرة فى التنفيذ المعجل الجوازى ، بحيث يجوز له أن يأمر بالتنفيذ المعجل للحكم من تلقاء نفسه ودون طلب ، غير مقيد فى ذلك سوى بمعيار الضرورة أى الحاجة إلى التنفيذ المعجل على أن يكون هذا التنفيذ ملائما لطبيعة المسألة.

٢٢١ = وقد أعيد تقديم هذه الحلول مرة أخرى فى المادة ٥١٥ من قانون المرافعات الجديد ، وهو ما يسمح للقاضى بحرية واسعة فى الأمر بالتنفيذ المعجل ، متى قدر ضرورة التنفيذ المعجل وأن يكون ملائما لطبيعة المسألة المعروضة عليه ، وحتى ولو لم يطلب منه ذلك ، وهى مسألة تعتمد فى المقام الأول على قناعة القاضى الشخصية ، ولا يكون فى حاجة إلى تسبيب قراره ويكفيه أن يعلن ضرورة التنفيذ المعجل للحكم(١٧)، فالقانون لم يقيده سوى بمعيار عام يتسم بقدر كبير من المرونة ، وقد ابتغى المشرع من وراء ذلك تقوية سلطة القاضى وفتح باب الاختيار أمامه على مصراعيه. لكن فريقا آخر ، يرى ضرورة التسبيب حتى ولو على نحو مقتضب فالسلطة الكبيرة التى يعترف له القانون بها لا تعفيه من التسبيب(١٨).

---

observ. Perrot; D.S. 1974, somm. 62

(١٧)) أنظر الفقه الفرنسى المؤيد لهذه الفكرة :

M.Blanc, La preuve judiciaire, P. 142; M. Viatte, La suppression du contrôle de l'éxecution provisoire, Gaz. Pal. 1974, 1, doctr. 463; Jaques Héron, Droit judiciaire privé, 1991, n° 443; Vincent et Guinchard, op. cit. n. 817.

وقد قيل فى تبرير ذلك ، أنه لم يرد فى النصوص الجديدة ما يدل على بقاء رقابة محكمة الاستئناف على التسبيب فى التنفيذ المعجل ، فالمادة ٥٢٤ نصت على عدم جواز وقف التنفيذ المعجل الجوازى فى الاستئناف ، إلا إذا كان محظورا بواسطة القانون ، أو يؤدى إلى نتائج واضحة الإفراط ، وهكذا فإن النصوص الجديدة استبعدت أى رقابة على الضرورة فى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل.

(١٨) أنظر فى هذا الاتجاه:

Rennes 24 fev. 1984: Rev. jud. Ouest 1984, 86, note Ch. Larher; Revue Trimestrielle de droit civil 1984, 556, observation Perrot; Douai 1er juin 1984: Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1984, 774, observation Perrot.

ثانيا: ترجيح وجود الحـــــق

٢٢٢ = الحماية القضائية لا تكون إلا للحقوق التى تتمتع بحماية القانون ، لكن يكفى فى الحماية الوقتية مجرد احتمال وجود الحق[١٩]، وليس تأكيد هذا الوجود كالحماية العادية ، ولهذا فإنه متى ترجح وجود الحق بحسب الظاهر من أدلة الخصوم ومستنداتهم ، كان هذا كافيا لتدخل القضاء لحماية الحق بصفة وقتية. وتثبت للقاضى هذه السلطة فى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل الجوازى ، فلا يكون له تزويد الحكم بهذه القوة ، ما لم يكن حق المحكوم له مرجحا ، وذلك إذا ثبت لديه احتمال تأييد الحكم عند الطعن فيه بالاستئناف[٢٠].

الفرع الثانى

حالات التنفيذ الجوازى الخاصة

خضوعها لذات الشـــــروط

٢٢٣ = تخضع الحالات الخاصة التى تضمنتها الفقرات من ١ : ٥ من المادة ٢٩٠ مرافعات ، لذات الشروط التى يخضع لها التنفيذ المعجل الجوازى بصفة عامة ، من حيث سلطة القاضى التقديرية فى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل من عدمه ، لأن الحكم بالنسبة لها هو الجواز ، ومن حيث ضرورة توافر شرطى الاستعجال وترجيح وجود الحق ، وضرورة الطلب فلا يستطيع القاضى الأمر بالتنفيذ المعجل من تلقاء نفسه ، وعليه أن يتحقق من توافر هذه الشروط ، قبل أن يصدر أمره

---

(١٩) وتعتمد عملية الترجيح على التحقق من وجود قاعدة قانونية تحمى بصفة مجردة المصلحة المهددة للطالب ، ثم ترجيح الأدلة المثبتة لحق الطالب من حيث الواقع. أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة.

(٢٠) أنظر فى تأييد هذا الشرط: عبد الباسط جميعى: المبادئ ص ٨٧ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٤ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٧٣ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٦٩ ص ١٤٥ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧٧ ص ١٤٠ ؛ أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٣٨ ص ٩٤ ؛ حيث يرى أن قوة سند حق المحكوم له هى الشرط الوحيد للحكم بالتنفيذ المعجل القضائى.

بشمول الحكم بالتنفيذ المعجل[٢١].

٢٢٤ = لكن وجه الخصوصية فيها أنها حالات ورادة على سبيل المثال وليس الحصر ، بعد أن تضمنت الفقرة السادسة من المادة ٢٩٠ مرافعات القاعدة العامة فى التنفيذ المعجل الجوازى ، والتى تسمح بشمول الحكم بالتنفيذ المعجل فى أية حالة من الحالات التى تتوافر فيها شروط الحماية الوقتية. ومن ناحية ثانية ، فإن القانون افترض توافر الاستعجال فى بعض هذه الحالات(م ١/٢٩٠ مرافعات)، لأنها تعالج حالات مستعجلة بطبيعتها فلا تحتاج إلى بحث من القاضى ، وإن بقى شرط رجحان الحق كمحل لتقديره ، وافترض ترجيح وجود الحق فى بعضها الآخر استنادا إلى قوة السند(فقرة ٢ : ٥ من المادة ٢٩٠ مرافعات)، بما يرجح تأييد الحكم فى الاستئناف ، ولهذا فإنه لا يحتاج إلى بحث منه ، وإن بقى شرط الاستعجال كمحل لتقديره[٢٢].

٢٢٥ = وقد كان إبقاء القانون الحالى على هذه الحالات سببا للتساؤل حول جدوى وجودها ، بعد القاعدة العامة التى اعتمدها كأساس للتنفيذ المعجل الجوازى فقيل فى تبرير ذلك[٢٣]، أن المشرع أبقى عليها على سبيل الاحتياط ، لكى تكون أمثله يهتدى بها فى هذا المقام. لكن هذا التعداد فى رأى آخر[٢٤]، تنحصر فائدته فى مجال الإثبات ، وذلك عن

---

(٢١) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٣ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧٧.

(٢٢) قريبا من هذا المعنى: عبد الباسط جميعى: المبادئ العامة فى التنفيذ ص ٨٨ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٤ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٨٦ ، ٩٢.

(٢٣) أنظر: عبد الباسط جميعى: المرجع السابق ص ٨٧. حيث يرى أن مسلك المشرع ، يمكن تبريره على أساس أن هذه الحالات كان منصوصا عليها فى القانون السابق ، وأن الاستغناء عنها دفعة واحدة ، قد يفسر باستبعادها من نطاق التنفيذ المعجل لعدم النص عليها ، ومن جهة أخرى للخشية من عدم تغطية الحالة المستحدثة فى الفقرة السادسة ، لجميع الحالات التى كانت محلا للنصوص فى القانون السابق ، ولهذا فقد تم الإبقاء عليها ، على سبيل الاحتياط وكأمثلة يهتدى بها فى هذا المقام.

(٢٤) أنظر: فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٤ ص ٦٥. حيث يرى أن المشرع أعفى المدعى من الإثبات ، وأعفى القاضى من تقديره ، ولا يكون بحاجة إلى تبرير حكمه ، وفى تفاصيل هذا

طريق قرينة بسيطة مفادها ، توافر شروط التنفيذ المعجل فى هذه الحالات ، بحيث لا يكلف طالب شمول الحكم بالتنفيذ المعجل بإثبات توافرها ، ويكون على خصمه إذا أراد منع شمول الحكم بالتنفيذ عبء إثبات عدم توافرها. واعتقد فى صحة ما أنتهى إليه هذا الرأى من منطلق المعاملة الخاصة التى حظيت بها فى القانون السابق ، فقد كانت محلا للتقدير بشأن حاجتها إلى الاستعجال ، سواء فى صورة تنفيذ معجل وجوبى أو جوازى ، وأن الإبقاء عليها فى القانون الحالى لا يعنى سوى أنها ما زالت تحظى بنفس هذه المعاملة ، من حيث تقدير توافر الاستعجال بشأنها ، إلا إذا ثبت ما يفيد عكس ذلك.

حالات الاستعجال

١ - الأحكام الصادرة بأداء النفقات

٢٢٦ = طبقا للفقرة الأولى من المادة ٢٩٠ مرافعات ، فإنه يجوز شمول الأحكام الصادرة بأداء النفقات بالتنفيذ المعجل ، وينطبق هذا الحكم على الأحكام الموضوعية الصادرة بالإلزام بالنفقة أيا كان مصدر الالتزام بها ، يستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق هو مصدر الالتزام بها أو القانون ، ويشترط فى هذه الحالة ، أن يكون الحكم صادرا بأداء النفقة أو زيادتها فلا تشمل ما يصدر من أحكام بإسقاط النفقة[٢٥]. ولا يخضع لهذه الحالة ، ما يصدر من أحكام بالنفقة الموضوعية الواجبة قانونا فى مسائل الأحوال الشخصية فهذه الأحكام تكون مشمولة بالتنفيذ المعجل الحتمى ، طبقا للمادة ٦٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ، والتى حلت محل المادة ٨٨٧ مرافعات

الرأى. أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٦٧ ص ١٢٨.

(٢٥) أنظر: فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٤ ص ٦٥ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٣ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧١ ص ١٣٢.

والمادة ٢/١ من القانون ٦٢ لسنة ١٩٧٦ والتى كانت تنص على أن'' النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون لكل حكم صادر بالنفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاعة للزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين''. ولا يخضع لها كذلك ما يصدر من أحكام بالنفقة الوقتية لأنها أحكام صادرة فى مادة مستعجلة وتخضع للتنفيذ المعجل الحتمى طبقا لنص المادة ٢٨٨ مرافعات.

ويستند الاستعجال فى هذه الحالة إلى حاجة المستفيد من النفقة الملحة لتدبير شئون حياته الضرورية ، ويكون التأخير فى الوفاء بها ماسا بضرورات حياته ، وهو ما قد يلحق به أفدح الضرر على نحو قد لا يكون من الممكن تفاديه ، ولهذا فإنها من المسائل المستعجلة بطبيعتها.

٢ - الأحكام الصادرة بالأجر أو المرتب

٢٢٧ = أجازت الفقرة الأولى من المادة ٢٩٠ مرافعات شمول الأحكام الصادرة بأداء الأجر أو المرتب بالتنفيذ المعجل ، وينطبق هذا الحكم على ما يصدر من أحكام بالإلزام بالأجر أو المرتب لصالح العامل أو الموظف ، وبالتالى فإن هذا الحكم لا يسرى على ما يحكم به للعامل من تعويض أو مكافأة أو معاش(٢٦) كما أنه لا يسرى كذلك على ما يحكم به من أتعاب لأصحاب المهن الحرة كأتعاب المحامين والأطباء(٢٧).

ويشترط لشمول الحكم بالتنفيذ المعجل فى هذا الحالة ، أن يكون

---

(٢٦) أنظر فى الخلاف حول التعويض عن مقابل مهلة الإنذار ، والأجر عن الأجازة المستحقة للعامل والتعويض عن الإنهاء الخاطئ للعقد ، وهل يعد من الإجور أم لا. محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٩٨ هامش ٤٤.

(٢٧) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٣٧ ص ٨٦ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٤ ص ٦٥ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٣ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٦٩ ص ١٤٥ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧١ ص ١٣٢.

الأجر أو المرتب ناشئا عن علاقة من علاقات العمل لا عن عقد مقاولة [٢٨]، أيا كان القانون الذى ينظم هذه العلاقة ، سواء أكانت خاضعة لأحكام قانون العمل أو لأحكام عقد العمل الفردى ، أو حتى لو كانت غير خاضعة لهذه الأحكام ، فيمكن أن يخضع لها الأحكام الصادرة بأداء الأجور المتعلقة بالخدم والصناع والعمال العرضيين ، وغير ذلك من علاقات العمل أيا كانت طبيعتها.

ويستند الاستعجال فى هذه الحالة ، إلى حاجة المستفيد من الحكم إلى الأجر أو المرتب لمواجهة ضرورات حياته ، ويكون من شأن التأخير فى الوفاء به أن يلحق به أفدح الضرر ، على نحو قد لا يكون من الممكن تداركه فى المستقبل ، ولهذا فإنه يندرج فى عداد المسائل المستعجلة بطبيعتها.

حالات ترجيح وجود الحـــق

١ - الحكم الصادر تنفيذا لحكم سابق

٢٢٨ = أجازت المادة ٢/٢٩٠ مرافعات ، شمول الحكم الصادر تنفيذا لحكم سابق بالتنفيذ المعجل ، ويكون الأمر كذلك ، إذا رتب الحكم اللاحق نتائج على حق ثابت فى حكم سابق[٢٩]، كأن يتخذ القاضى من هذا الحكم أساسا يبنى عليه حكمه بحيث يكون نتيجة له. وصورة ذلك ، أن يرتب الحكم الصادر بالإلزام نتائج على حكم تقريرى أو منشئ سبق صدوره بين الخصوم ، كالحكم الصادر بتسليم الشىء المبيع تنفيذا لحكم سابق بين الخصوم بصحة عقد البيع ، والحكم برد الشىء الذى سبق تسليمه تنفيذا للحكم الصادر بفسخ العقد ، والحكم الذى يلزم الوكيل بتسليم المستندات إلى موكله تنفيذا للحكم الذى قضى بعزله ، والحكم الصادر بتحديد مقدار

---

٢٨) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٣٧ ص ٩٣ ؛ أحمد ماهر زغلول : الإشارة السابقة.

٢٩) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٦.

التعويض تنفيذا للحكم الصادر بالإلزام بها دون أن يكون قد حدد مقدار هذه التعويضات(٣٠).

٢٢٩ = ولكى يكون الحكم السابق صالحا لأن يكون أساسا يبنى عليه الحكم اللاحق ، ويجيز شموله بالتنفيذ المعجل ، فإنه يجب أن يكون هذا الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى ، وهو ما يحصن الحكم ضد طرق الطعن العادية الاستئناف والمعارضة ، ويكون قابلا للتنفيذ طبقا للقاعدة العادية ، أو يكون الحكم مشمولا بالتنفيذ المعجل بغير كفالة ، وهو ما يوفر له الاستعجال الذى يبرر تنفيذه تنفيذا معجلا ، دون أن يكون هناك أية عقبة تحول دون تنفيذه أو تقف فى سبيله. وتوافر هذه المقومات فى الحكم يشكل أساسا قويا للحكم اللاحق بما يقوى احتمالات تأييده فى الاستئناف ، ويرجح حق المحكوم له على نحو يجيز شمول الحكم بالتنفيذ المعجل.

٢٣٠ = بالإضافة إلى ذلك ، فإنه يشترط أن يكون المحكوم عليه فى الحكم اللاحق طرفا فى الخصومة التى انتهت بالحكم السابق ، حتى يحتج عليه بالحكم الصادر فيها(٣١).

٢ - إذا كان الحكم مبنيا على سند رسمى

٢٣١ = أجازت المادة ٢/٢٩٠ مرافعات شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، إذا كان الحكم مبنيا على سند رسمى ، وهو ما يتحقق فى الحالات ، التى لا يعترف فيها القانون للسند الرسمى بالقوة التنفيذية فى ذاته(٣٢)، أو فى الحالات التى يكون فيها محررا موثقا

(٣٠) أنظر: محمد حامد فهمي: تنفيذ الأحكام رقم ٢٩ ص ٢٣؛ أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٣٧ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٤ ص٧٢ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦٥؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٦ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ١٤٩؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ١٦٥.

(٣١) أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ محمود هاشم: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧٢ ص ١٣٢.

(٣٢) والسندات الرسمية فى مفهوم المادة ١٠ من قانون الإثبات ، هى التى يُثبت فيها موظف

ويكـون لــه وصـف السـند التنفيذى ، لكـنه لا يكـون صـالحا بذاتـه لتحقـيق الأثـر التنفـيذى ، لعـدم اسـتيفاء مضـمونه للشـروط الـتى يتطلبها القانون فى مضمون السند التنفيذى[٣٣]، وذلك إذا كان الحق الثابـت فـى المحـرر معلقـا علـى شرط واقف أو غير معين المقدار ، ويحـتاج الأمـر فـى هـذه الحالـة ، للالـتجاء إلـى القضـاء لاستصدار حكم مبنى على السند الرسمى لتأكيد وجود الحق أو تعيين مقداره ، ويجـوز فـى هـذه الحالـة ، شمول الحكم بالتنفيذ المعجل لأن استناد الحكم علـى السند الرسمى ، يقوى من احتمالات تأييده عند الطعن فـيه بمـا يـرجح حـق المحكـوم لــه ، ويـبرر إلحـاق التنفـيذ المعجـل بالحكم.

٢٣٢ = لكن شمول الحكم بالتنفيذ المعجل يقتضى أن يكون الحكم مبنيا علـى السند الرسمى[٣٤]، ويكون كذلك إذا كان الحكم صـادرا بتنفيذ الالـتزامات الثابـتة فيه. وقد وقع الخلاف بشأن الحكم الصادر بفسـخ العقـد الرسـمى ، ومـدى صـلاحية العقد فـى هـذه الحالـة لكـى يكـون أساسـا يبـنى عليه الحكـم ، فاتجـه بعـض الفقـه إلـى القـول بأن الحكـم لا يكـون مبـنيا علـى العقـد ، لأن الفسـخ يبـنى علـى وقـائع خارجـة عن العقد[٣٥]. بينما يـرى رأى آخر ، أن الحكم بفسخ العقد هـو نتيجة لهذا العقد وتنفيذا للشرط الفاسخ فيه ، سـواء أكان شرطا

عـام أو شـخص مكلـف بخدمـة عامـة مـا تـم علـى يديـه أو مـا تلقـاه مـن ذوى الشـأن ، وذلـك طـبقا للأوضـاع القانونـية وفـى حـدود سـلطته واختصاصـه. ويعد من هذا القبيل ، محاضـر البولـيس والنـيابة ومحاضـر جلسـات المحـاكم والخـبراء وأوراق المحضـرين وعقـود الـزواج واشـهادات الطـلاق والرجعة والتصـادق ، وتصـلح كدليل إثبات لكنها لا تصلح سندات تنفيذية ، لأنها ليست محررات موثقة ، لأنها لا تتم أمام الموثق فى مصلحة الشهر العقارى.

(٣٣) أنظر: محمد حـامد فهمـى: المرجـع السـابق ص ٢٤ ؛ أحمد أبو الوفا: المرجع السابق رقم ٣٧ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٦ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦٦.

(٣٤) السندات الرسـمية المحـررة فـى الخـارج ، لا يجوز تنفيذها إلا بعد عرضـها علـى القضـاء للتحقق من توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا لقانون البلد الذى تم فيه وخلوه مما يخالف النظام العام والآداب فى مصر. أنظر: محمد حامد فهمى: المرجع السابق رقم ٣٠ ص ٢٤.

(٣٥) أنظر: محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦٦ ؛ محمود هاشم: قواعد ص ١٥١.

صـريحا أو ضمنيا ، وبالتالى فإنـه يكون مبنيا عليه[٣٦]. لكن رأيا آخر يرى أن الحكم لا يكون مبنيا على العقد ، ما لم يتضمن شرطا فاسخا صـريحا ، لأن الحكم عندئذ لا ينشئ حالـة قانونـية جديـدة ، وإنما يؤكد حالـة قانونـية تحققت قبل صـدوره يرجع مصدرها إلى العقد[٣٧]. واعتقد أن الحكم الصـادر بالفسخ لا يكون مبنيا على العقد ذلـك لأن الحكم بالفسـخ يؤدى إلـى تحلـل الأطـراف من التزاماتهم المتبادلة ، ويكـون حكمـا مقررا لحالة قانونية تحققت قبل صدوره ، فـى حالـة الشـرط الفاسخ الصـريح ، ويكـون حكمـا منشئا فـى حالـة عدم وجود الشرط ، لأنـه يكون منشئا لحالـة قانونـية جديدة ، وفـى الحالتين ، فإنـه لا يتضـمن الإلـزام بشـىء يمكن تنفيذه جبرا ، أما ما يصـدر من إلزام بالرد لما تم تسليمه من أشياء تنفيذا للعقد ، بغرض إعادة المتعاقدين إلـى الحالـة الـتى كانـا عليها قبل الـتعاقد ، فإنـه لا يكون مبنيا على العقد وإنما أساسه رد ما دفع دون وجه حق[٣٨].

٢٣٣ = كذلك فإنـه لكـى يبنـى الحكم علـى السند ، فإن ذلك يقتضـى أن تكـون قـوة السند ليست محلا لأى شك ، فلا يكون السند مطعونا عليه بالـتزوير ، بـإحدى الوسائل المقررة للطعن قانونا ، لما يترتب علـى ذلـك من زعزعة الثقة فى السـند ، فقد يسفر الطعن عن إلغاء للسـند وانعدام قوته كورقة رسمية ، لكن لا يكفى لتحقيق هذا الأثر ، مجـرد إنكـار الخـط أو الإمضـاء أو المـنازعة فـى صـحة السـند

---

(٣٦) أنظـر : جارسـونيه وسـيزار : المطـول ج ٦ رقـم ١٢١ ص ٢١٨ ؛ جلاسـون ، تيسـيه وموريـل : المطـول ج ٣ رقم ٨٨٨ ص ٣٥٠ ، وفـى تأييد هذا الاتجاه فى الفقه المصرى. وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٧.

(٣٧) أنظـر : فتحى والـى : التنفيذ ص ٧٤ ؛ عبد الباسـط جيمعى: التنفيذ ص ١٠٧. وقد ذهبت محكمـة الـنقض الفرنسـية إلـى أن الفسـخ لا يعتبر تنفيذا للعقد إلا إذا كـان الفسـخ مشـروطا فيه صـراحة كجزاء علـى عدم الوفاء أو التأخير فيه ، وأن الحكم بالفسخ لا يكون واجب التنفيذ مؤقتا إلا فى حالة الضـرورة فقط. تعليقات داللوز علـى المادة ١٣٥ رقم ١٢٣ وما يليه.

(٣٨) فـى تأييد فكـرة الحكم بالفسـخ المنشئ والمقرر وفـى أسـاس الالتزام بالرد للأشياء الـتى تم تسليمها تنفيذ للعقد الذى قضـى بفسخه. وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٧.

وتفسيره. وإذا حكم برفض الطعن بالتزوير ، فإن السند يكون صالحا لكى يبنى عليه الحكم لانتفاء الحكمة من المنع فى هذه الحالة[٣٩]. ويجب بالإضافة إلى ذلك ، أن يكون المحكوم عليه طرفا فى السند الرسمى ، ويعتبر الخلف العام أو الخاص لأى من الطرفين فى العقد أطرافا فى السند الرسمى[٤٠].

٣ ـ إقرار المحكوم عليه بنشأة الالتزام

٢٣٤ = أجازت المادة ٣/٢٩٠ مرافعات شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، إذا كان المحكوم عليه قد أقر بنشأة الالتزام ، والإقرار الذى يعتد به كأساس للحكم ، يجب أن يكون صادرا من المحكوم عليه ، كما يجب أن ينصب على نشأة الالتزام صحيحا فى ذمته ، وإن كان قد نازع فى بقاء الالتزام قائما بالادعاء بأنه قد انقضى لأى سبب من الأسباب كالتقادم ، ذلك لأن عدم المنازعة يعد تسليما منه بطلبات خصمه ، وبما يترتب على ذلك من صدور حكم انتهائى غير قابل للطعن ، وخضوع هذا الحكم لقواعد القوة التنفيذية العادية[٤١]. ويستوى أن يكون الإقرار الصادر من المحكوم عليه قد ورد فى صورة صريحة أو ضمنية ، وفى الصورة الأخيرة فإن الإقرار يمكن أن يستفاد من مسلكه فى الخصومة ، وذلك إذا اقتصر فى دفاعه على مجرد التهرب من التزاماته أو محاولة الحد منها ، لا فرق فى ذلك ، بين ما إذا كان

---

(٣٩) أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة. وفى الرأى المخالف الذى يرى أن مجرد الادعاء بالتزوير يكفى لزعزعة الثقة فى السند ولو حكم برفض الادعاء ، وأن سقوط الادعاء بالتزوير طبقا للمادة ٤٩ إثبات ، يجعل من احتمال الرجحان بالنسبة للسند يظل قائما. فتحى والى: التنفيذ رقم ٣٤ ص ٧٢ ؛ محمد عبد الخالق عمر: الإشارة السابقة.

(٤٠) أنظر: فتحى والى: الإشارة السابقة.

(٤١) أنظر: محمد حامد فهمى: تنفيذ الأحكام رقم ٢٨ ص ٢٢ ؛ أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٣٧ ص ٨٦ ؛ فتحى والى: التنفيذ ص ٧٦ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦٧ ص ١٩٥ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٩.

مصـدر الالـتزام الـذى وقـع الإقـرار بـه عقـدا مـن العقـود أو إرادة منفردة أو نـص فـى القـانون أو غـير ذلك من الأسباب[٤٢]. فإذا وقع الإقـرار علـى هذا النحـو ، فـإن الأثـر الـذى يترب عليه هو ترجيح حـق المحكـوم لـه ، وهو ما يبرر شمول الحكم بالتنفيذ المعجل. لكن لا يعـد فـى حكم الإقرار مجرد الاعتراف الصادر من المحكوم عليه بوجـود الورقـة العرفـية أو بالتوقـيع علـيها ، مـع تمسـكه بـبطلان الورقـة أو الادعـاء بأنـها ورقـة مزورة أو إنكار التوقيع أو الإمضاء عليها[٤٣].

٢٣٥ = وقـد وقـع الخـلاف بشـأن طبيعة الإقرار ، فذهب جانب من الفقـه ، نحـو ضـرورة صـدور الإقـرار فـى مجلـس القضـاء أمـام المحكمـة التى تنظر الدعوى ، أى ضرورة أن يكون إقرارا قضائيا فـلا يكفـى أن يكون المدين قد أقر بنشأة الالتزام فى عمل سابق على بـدء الخصـومة[٤٤]. بيـنما يـرى رأى آخـر ، أن الإقـرار يمكـن أن يكـون قضـائيا أو غـير قضـائى ، علـى سند من عمومية النص ، وأن الإقـرار القضـائى الـذى يـتم فـى خصـومة سـابقة لا يعتـبر إقـرارا قضـائيا فـى الخصـومة اللاحقـة ، ولـو بيـن نفس الخصـوم وبالنسبة لنفس الواقعة[٤٥].

٤ - إذا كان الحكم مبنيا على سند عرفى

٢٣٦ = أجـازت المـادة ٤/٢٩٠ مـرافعات شـمول الحكـم بالتنفـيذ المعجل إذا كـان مبنيا علـى سـند عرفـى ، والسـند العرفـى هو السند الـذى يـتم تحـريره بمعـرفة أطـرافه وموقعـا علـيها ممـن يشـهد علـيه

(٤٢) أنظر: محمد حامد فهمى: الإشارة السابقة ؛ فتحى والى: الإشارة السابقة.
(٤٣) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٣٧ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٩.
(٤٤) أنظر: فتحى والى: التنفيذ ص ٧٦ ؛ أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٣٧.
(٤٥) أنظر: محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦٧ ص ١٩٥؛ محمود هاشم: قواعد ص ١٥٢.

المحرر ، ويعد السند العرفى من الأدلة القوية فى الإثبات(٤٦)، التى تجيز للمحكمة شمول الحكم بالتنفيذ المعجل متى بنى الحكم عل هذا الدليل وصدر تنفيذا للالتزام الثابت فيه ، وهو ما يقوى احتمالات تأييده عند الطعن فيه ويرجح حق المحكوم له فى تنفيذ سريع.

٢٣٧ = لكن تحقيق السند العرفى لهذا الأثر ، يقتضى أن يكون الحكم مبنيا على السند العرفى أى مترتبا عليه ، وأن يصدر تنفيذا للالتزام الثابت فيه ، وأن يكون المحكوم عليه أو خلفه طرفا فى السند. يضاف إلى ذلك ، عدم جحود السند ممن يشهد عليه ، أى عدم إنكاره لما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ويجب أن ينصب عدم الجحود على السند ، وليس على التصرف القانونى الثابت فيه ، فالعبرة بوجود الورقة فى حد ذاتها ، دون اعتبار للتصرف الثابت فيها ، فلا يعد جحودا الإدعاء ببطلان التصرف الثابت فى الورقة ، أو المنازعة فى تفسير مضمونها ، طالما أن وجود الورقة ليس محلا للإنكار.

٢٣٨ = وعدم الجحود هو موقف يصدر ممن تنسب إليه الورقة ، وقد يكون فى صورة الإقرار الصريح بنسبة الورقة إليه ، وقد يستفاد هذا الإقرار ضمنا بمناقشة موضوع الورقة ، ويكفى أن يتخذ موقفا سلبيا وهو موقف السكوت ، فلا ينكر نسبة الورقة إليه ، لكن هذا الموقف يقتضى علمه بالورقة وسكوته عنها ، أو على الأقل إمكان العلم بوجودها ، ذلك لأن عدم الجحود هو موقف إرادى ، ولهذا فإنه إذا صدر الحكم مبنيا على السند العرفى دون حضور المدعى عليه ، فإن الجانب الغالب من الفقه (٤٧)، أقام

---

(٤٦) أنظر: محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦٨ ص ١٩٦ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص٩٨.

(٤٧) أنظر الفقه المؤيد لهذه الفكرة . أحمد أبو الوفا: إجراءات ص ٩١ ؛ فتحى والى: التنفيذ ص ٧٨ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٩٨ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦٨ ص ١٩٦ ؛

تمييزا بين الحالة التى تكون الورقة العرفية قد تم الإشارة إليها فى صحيفة الدعوى ، وعندئذ فإنه يكون على علم بها ، فإذا صدر الحكم ضده وكان مبنيا على الورقة ، فإنه يكون مبنيا على ورقة لم يجحدها المحكوم عليه ، وبين الحالة التى لا يشار فيها إلى الورقة فى الصحيفة ، فعندئذ لا يكون من الممكن نسبة عدم الجحود إلى المحكوم عليه ، لأن هذا يقتضى علمه بالشىء مع السكوت.

٢٣٩ = ويعد فى حكم عدم الجحود سبق صدور حكم بصحة الورقة فى دعوى سابقة ، وأن يكون هذا الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى ، سواء أكان صدوره على إثر إنكار الورقة أو الادعاء بتزويرها ، أو إذا كان قد سبق التصديق على التوقيع ، ذلك لأن إنكار المحكوم عليه فى هذه الحالة ، لا يكون من شأنه التأثير فى قوتها(٤٨)، وعلى العكس من ذلك ، فإذا وقع إنكار الورقة فى ذات الخصومة التى حكمت فيها المحكمة بصحتها وأسست حكمها عليها ، فإن الورقة تكون فى حكم المجحودة ، ولا يجوز شمول الحكم بالتنفيذ المعجل(٤٩).

٢٤٠ = ويتحقق الجحود بإنكار من تشهد عليه الورقة نسبتها إليه ، بحيث ينكر المحكوم عليه صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، فإذا وقع الإنكار من الوارث أو الخلف

محمود هاشم: قواعد ص ١٥٥ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧٥ ص ١٣٦. بينما الرأى المخالف ، يرى أن القانون لم يشترط الاعتراف بالورقة ولا ثبوت صحتها رسميا ، وإنما اكتفى بعدم المنازعة فيها ، وعدم المنازعة أمر سلبى بحت يصح إسناده إلى الغائب. أنظر فى تأييد هذا الرأى. محمد حامد فهمى: تنفيذ الأحكام ص ٢٩ مشار إليه فى الهامش ، فى معرض الرد على رأى" أبو هيف " الذى يؤيد الرأى المشار إليه فى المتن.

(٤٨) أنظر: فتحى والى: الإشارة السابقة ؛ وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(٤٩) أنظر: محمد حامد فهمى: تنفيذ الأحكام رقم ٣٨ ص ٢٩. حيث يرى أنه لا يجوز شمول الحكم بالتنفيذ المعجل فى هذه الحالة ، وذلك لانعدام سبب النفاذ وهو انتفاء النزاع فى صحة الورقة.

الخاص ، فيكفى أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق(م١٤ إثبات). وإنكار الورقة على هذا النحو ، يؤدى إلى التشكيك فى قوتها ، ولا يكون من الممكن أن يعتمد عليها القاضى فى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل[٥٠].

٥ ـ إذا كان الحكم صادرا لمصلحة طالب التنفيذ

٢٤١ = أجازت المادة ٥/٢٩٠ مرافعات شمول الحكم بالتنفيذ المعجل إذا كان صادرا لمصلحة طالب التنفيذ فى منازعة متعلقة به ، ويعالج هذا الفرض ، ما يعترض سير التنفيذ من عقبات ، يكون من شأنها عرقلة سيره ، وهو ما يؤثر على مصلحة طالب التنفيذ ويضر به ، على الرغم من كون حقه مؤكدا بسند تنفيذى. وتبدو هذه العقبات والعراقيل فى صورة منازعات موضوعية ، تؤثر فى إجراءات التنفيذ وتؤدى إلى وقفها ، فإذا صدر حكم فى هذه المنازعات لمصلحة طالب التنفيذ ، فإنه يجوز شمول هذا الحكم بالتنفيذ المعجل ، لكى تعاود هذه الإجراءات سيرها دون حاجة إلى الانتظار ، حتى يحوز الحكم القوة التنفيذية العادية ، لأن طالب التنفيذ مزود بسند تنفيذى مؤكد لحقه[٥١]، وهو ما يرجح حقه فى التنفيذ المعجل. ولا يخضع لأحكام هذا الفرض ، ما يصدر من أحكام فى منازعات التنفيذ الوقتية ، لأن هذه الأحكام تكون مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون ، طبقا للمادة ٢٨٨ مرافعات ، لأن قاضى التنفيذ يفصل فى هذه المنازعات بصفته قاضيا للأمور المستعجلة[٥٢].

(٥٠) أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة.
(٥١) أنظر: محمد حامد فهمى: تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية الأجنبية رقم ٤٠ ص ٣١ ؛ فتحى والى: التنفيذ الجبرى ص ٧٩ ؛ أحمد ابو الوفا: التعليق على النصوص ص ١١٤١ ؛ وجدى راغب: التنفيذ القضائى ص ٩٥ ؛
(٥٢) أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة.

٢٤٢ = لكن شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، يقتضى أن يكون الحكم الصادر فى المنازعة الموضوعية لمصلحة طالب التنفيذ ، سواء أكان الحكم فاصلا فى موضوعها برفض الدعوى أو فاصلا فى الإجراءات بوضع حد للخصومة ، كالحكم الصادر بعدم قبول الدعوى أو عدم الاختصاص بها ، أو بطلان صحيفتها أو سقوط الخصومة أو قبول تركها. وإذا انقضت الخصومة على هذا النحو ، فإنه يكون للقاضى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل لكى تعاود إجراءات التنفيذ سيرها من جديد(٥٣).

٢٤٣ = والحكم الوارد فى هذه الحالة محل نظر ، لأن الأحكام الصادرة لمصلحة طالب التنفيذ فى المنازعات الموضوعية ، التى يترتب على رفعها عرقلة إجراءات التنفيذ ، إما أن يتم الفصل فى موضوعها بالرفض أو تكون فاصلة فى الإجراءات بوضع حد للخصومة ، وهذه الأحكام لا تتضمن إلزام المحكوم عليه بأداء يمكن الجبر فى تنفيذه ، ولا تدخل فى نطاق الأحكام التى يعترف لها القانون بالقوة التنفيذية لأنها ليست من أحكام الإلزام ، وتكون معالجة الأثر الواقف المترتب على رفعها ، بالنص على زوال هذا الأثر ومعاودة سير إجراءات التنفيذ ، إذا ما فصل فيها لمصلحة طالب التنفيذ ، ودون حاجة لتزويدها بالقوة التنفيذية ، سواء أكانت عادية أو وقتية ، وهذا يحتاج إلى تدخل تشريعى لتعديل المادة ٢٩٠ مرافعات ، والمواد المتعلقة بالمنازعات الموضوعية التى ترتب أثرا واقفا لإجراءات التنفيذ كالمادة ٣٣٥ ، ٤٢٢ مرافعات.

ويجب تفسير الحكم الوارد فى المادة ٣٩٥ مرافعات الخاصة بدعوى استرداد المنقولات المحجوزة على النحو ذاته ، فإذا صدر

(٥٣) أنظر: فتحى والى: الإشارة السابقة ؛ أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة ؛ وجدى راغب: الإشارة السابقة.

الحكم فيها بشطب الدعوى أو وقفها طبقا للمادة ٩٩ مرافعات ، أو إذا اعتبرت كأن لم تكن أو حكم باعتبارها كذلك ، أو حكم بعدم الاختصاص فيها أو بعدم قبولها أو بطلان صحيفتها ، أو بسقوط الخصومة فيها أو بقبول تركها أو حكم برفضها ، فإن الأثر الذى يترتب على هذا الحكم هو زوال الأثر الواقف للدعوى ، وهو ما يسمح لطالب التنفيذ أن يمضى فى الإجراءات دون أن يكون لها أى أثر تنفيذى ، لأنها ليست من أحكام الإلزام التى يعترف لها القانون بهذا الأثر(٥٤)، فهى إما أن تكون من الأحكام الإجرائية التى تؤدى إلى عرقلة سير الخصومة ، أو زوالها أو نقل الاختصاص بها لمحكمة أخرى ، أو من الأحكام الموضوعية التقريرية الصادرة برفض الدعوى.

المطلب الثانى

الصورة الاستثنائيـــــة

المقصود بها وخصائصهـــــا

٢٤٤ = تعرف هذه الصورة بالتنفيذ المعجل الحتمى أو بقوة القانون ، ويترتب عليها تزويد الحكم الابتدائى بالتنفيذ المعجل بقوة القانون فى عدد محدد من الحالات ، يكون الحكم على أثرها صالحا للتنفيذ الجبرى ، ويتوقف مصير هذه القوة على نتيجة الطعن فى الحكم ، فإما أن تزول بزوال الحكم وإما أن تتحول إلى قوة تنفيذية عادية ، بتأييد الحكم من محكمة الطعن.

---

(٥٤) وقد اتجه بعض الفقه إلى تفسير ما ورد فى المادة ٣٩٥ مرافعات ، على أنه استثناء من التنفيذ الجوازى ، لأن القانون يزود الحكم الإجرائى الصادر فى دعوى استرداد المنقولات المحجوزة بشطبها أو اعتبارها كان لم تكن أو حتى برفضها بالتنفيذ المعجل الحتمى. أنظر: محمود هاشم: قواعد ص ١٤٨ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٧٦ ص ١٣٨.

٢٤٥ = وقد عالج التنظيم الإجرائى هذه الصورة فى المادة ٢٨٨ ، ٢٨٩ مرافعات ، وان كانت بعض حالاتها ، قد وردت فى نصوص أخرى متفرقة كالمادة ٨٨٧ مرافعات بشأن النفقات وأجر الحضانة أو الرضاع أو المسكن أو تسليم الصغير فى مسائل الأحوال الشخصية ، والمادة الأولى من القانون ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل بعض أحكام النفقات ، وقد حلت المادة ٦٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ محل هذه المواد ، وجاء نصها كالتالى ’’ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة‘‘.

وقد نظم القانون الفرنسى هذه الصورة فى المادة ٥١٤ مرافعات ، والتى تنص على أن التنفيذ المعجل لا يجوز إلا بأمر القاضى ما لم يكن التنفيذ المعجل بقوة القانون’’ de plein droit ‘‘ ثم بينت بعض حالاته فى الفقرة الثانية منها ، وقد وردت بعض حالات التنفيذ المعجل بقوة القانون فى نصوص أخرى متفرقة ، كالمادة ٤٨٩ ، ٤٩٥ مرافعات وغيرها(٥٥).

٢٤٦ = التنفيذ المعجل الحتمى أو بقوة القانون ، لا يجوز سوى فى الحالات التى ينص فيها القانون على ذلك ، ولهذا فإن حالاته واردة فى القانون على سبيل الحصر ، فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها ، لأن وجودها يرتبط بوجود النص القانونى ، وعند تخلف النص فإنه يجب العودة إلى الأصل ، فلا يكون التنفيذ المعجل للحكم ممكنا إلا بقرار من القاضى(٥٦).

---

(٥٥) وتضم حالات التنفيذ المعجل الحتمى مجموعة من الحالات المتنوعة ، التى وردت فى الكثير من القوانين والنصوص ، ومن الصعب وضع حصر شامل لها. أنظر: جارسونية وسيزار: المطول ج ٦رقم ١٢٠ ؛ جلاسون ، تيسيه ، موريل: المطول ج ٢ رقم ٨٨٨ ؛ فنسان وجينشار: المرافعات رقم ٨١٣.

(٥٦) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ٨٩ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٦٦ ؛ أحمد ماهر

٢٤٧ = التنفيذ المعجل الحتمى يلحق الحكم بقوة القانون ، دون أن يكون للقاضى أى تقدير بشأنه ، لأن القانون تولى تقدير توافر شرطى الاستعجال وترجيح وجود الحق وفرض هذا التقدير على القاضى ، ولهذا فإن هذه الشروط مفترضة بقوة القانون ، ولا تحتاج إلى بحث أو إثبات[٥٧].

٢٤٨ = لا يحتاج شمول الحكم بالتنفيذ المعجل الحتمى إلى طلب ، لأن القانون هو المصدر المباشر له ، وإذا قدم الطلب إلى المحكمة فإنها تملك عدم التعرض له ، ولا يعد ذلك خطأ منها أو رفضا له ، لكن لا يجوز لها رفض الطلب لأن قرارها بالرفض يضع عقبة تحول دون إلحاق التنفيذ المعجل بالحكم ، وتكون قد أخطأت فى تطبيق القانون ، وهو ما يسمح بالطعن فى هذا القرار بطريق الطعن المقرر[٥٨].

٢٤٩ = التنفيذ المعجل الحتمى لا يحتاج إلى قرار من القاضى ، وإذا قررت المحكمة ذلك فإن ذلك يعد ترديدا منها لحكم القانون ، لأن التنفيذ المعجل يلحق الحكم بقوة القانون ، ويكفى أن يشار فى الحكم إلى النص القانونى الذى يقرر التنفيذ المعجل للحكم. ولهذا فإن المادة ١٧٨ مرافعات توجب على المحكمة أن تبين فى حكمها ، المادة الصادر فيها الحكم وما إذا كان صادرا فى مادة تجارية أو مسألة مستعجلة ، حتى يتسنى للكاتب معرفة المادة الصادر فيها الحكم. وإذا لم يتضمن الحكم هذا البيان فإن ذلك قد يؤثر فى تزويد الحكم بالتنفيذ المعجل ، لكنه لا يؤدى إلى بطلانه ويجرى تصحيحه طبقا لما ورد فى المادة ١٩١ مرافعات ، والتى تقضى بأن تتولى المحكمة تصحيح ما يقع فى حكمها من أخطاء مادية كتابية أو حسابية ، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها

زغلول: أصول رقم ٦٠.

(٥٧) أنظر: عبد الباسط جميعى: المبادئ ص ٧٨ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ٨٩ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦١ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٥٨.

(٥٨) أنظر: عبد الباسط جميعى: المبادئ ص ٧٨ ، ٧٩.

أو بناء على طلب من أحد الخصوم من غير مرافعة ، ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة.

٢٥٠ = أجازت المادة ٢٩٢ مرافعات وقف التنفيذ المعجل للحكم ، دون أن تفرق بين التنفيذ المعجل الحتمي أو الجوازى ، وأعطت هذه السلطة لمحكمة الاستئناف التي يكون لها بناء على طلب الخصم عند الطعن في الحكم وقف تنفيذ الحكم ، إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب الطعن في الحكم يرجح معها إلغاؤه. أما القانون الفرنسي فقد فرق بصدد وقف التنفيذ بين التنفيذ المعجل الحتمي والتنفيذ المعجل الجوازى ، فلا يجوز وقف التنفيذ المعجل الحتمي في الاستئناف وقد أراد القانون بهذا الحكم أن يقدم دعما إضافيا للتنفيذ المعجل الحتمي ، بحيث لا يكون من الممكن المساس به ، أما التنفيذ المعجل الجوازى فقد أجازت المادة ٥٢٤ مرافعات للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف وقف هذا النوع من التنفيذ في حالتين ، إحداهما إذا كان القانون يمنع شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، والثانية إذا كان من شأن التنفيذ المعجل للحكم أن يؤدى إلى نتائج واضحة الإفراط'' conséquences manifestement excessives ''.

حالات التنفيذ المعجل الحتمـــــى

١ - الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة

٢٥١ = طبقا لنص المادة ٢٨٨ مرافعات فإن الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة تكون مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون ، ويستند الأثر التنفيذى الذى يتم إلحاقه بالأحكام المستعجلة إلى طبيعتها الوقتية بغض النظر عن أى اعتبار آخر[٥٩]. والصفة الوقتية أو المستعجلة للحكم

(٥٩) أنظر: أحمد أبو الوفا: إجراءات رقم ٣٦ ، والتعليق على النصوص ص ١١٣٣ ؛ وجدى

هـى الأساس فى شموله بالتنفيذ المعجل أيا كانت المحكمة التى أصدرته ، سواء صدر من قاضى الأمور المستعجلة ، أو من قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية ، أو من قاضى الموضوع فى المسائل المستعجلة التى تعرض عليه بالتبعية للدعوى الموضوعية(م٢٧٥ ، ٤٥ مرافعات). وقد تضمنت المادة ٤٨٩ ، ٥١٤ مرافعات فرنسى الحكم ذاته بالنسبة لأحكام قاضى الأمور المستعجلة.

٢٥٢ = والتنفيذ الحتمى للأحكام المستعجلة يستجيب للطبيعة الوقتية لهذه الأحكام ، والتى يكون لعامل الوقت دورا بارزا فى تحقيقها لغاية الحماية القضائية ، واستكمالا لهذه الطبيعة فإن القانون يزود هذه الأحكام بالقوة التنفيذية فور صدورها رغم قابليتها للطعن بالاستئناف(٦٠) وحتى لو تم الطعن فيها بالفعل ، فهذا النوع من الحماية لا يحتمل الانتظار حتى يحوز الحكم القوة التنفيذية العادية(٦١). بالإضافة إلى ذلك ، فإن التنفيذ الفورى للحكم المستعجل لا يشكل خطرا أو تهديدا لمصالح المحكوم عليه ، لأن هذه الأحكام لا تفصل فى أصل الحق(٦٢)، وإنما يكون مبنى القضاء فيها مجرد الترجيح ، ولهذا فإن التنفيذ المعجل لهذه الإحكام لا يكون من أجل اقتضاء حق محقق الوجود ، وإنما حق محتمل الوجود بحسب الظاهر ، فيظل أصل الحق كما هو إلى أن يتدخل القضاء بحمايته العادية للفصل فيه.

راغب: التنفيذ ص ٩١ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٦٢ ؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٦٧ ص ١٤٠.

(٦٠) والأحكام الصادرة فى المسائل المستعجلة ، تكون قابلة للاستئناف دائما ، تطبيقا لحكم المادة ٢٢٠ مرافعات ، والتى تنص على أنه'' يجوز استئناف الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرتها''.

(٦١) أنظر: أحمد أبو الوفا: الإشارة السابقة ؛ وجدى راغب: الإشارة السابقة ؛ محمود هاشم: الإشارة السابقة ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٦٣ ص ١٢٢.

(٦٢) تقضى المادة ٤٥ مرافعات بأن'' يندب فى مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت''.

٢٥٣ = لكن أعمال التنفيذ الجبرى تتجه أساسا لإزالة ما وقع من تعد على الحقوق ، وهو ما يفترض وقوع العدوان بالفعل بحيث تكون غاية هذه الإعمال إزالة آثاره بالتطبيق الفعلى للجزاء ، وهذا العمل من أعمال الوظيفة الجزائية للقضاء حيث يتجه النشاط القضائى إلىٰ تأكيد وقوع المخالفة والإلزام بالجزاء الناشئ عنها ، وهو ما يقتضى الاعتراف لهذه الأعمال بالقوة التنفيذية. وهذا المفترض يتخلف فى أعمال الحماية المستعجلة لأنها أعمال غايتها منع وقوع الضرر وليس إزالته ، ولهذا فإنها لا تدخل فى أعمال الوظيفة الجزائية للقضاء وإنما فى أعمال الوظيفة الوقائية(٦٣)، وهى أعمال شاغلها الأساسى مواجهة الأضرار وشيكة الوقوع التى تتهدد الحقوق ، وتعمل على الوقاية منها بمنع وقوعها ، ولهذا فإن مضمون الحماية المستعجلة لا يمكن أن يتضمن تأكيدا لمخالفة أو إلزاما بجزاء.

٢٥٤ = لأن القرار الوقتى لا يتضمن فصلا فى الحقوق أو مساسا بها لأن أساسه الترجيح والظن وليس اليقين والقطع(٦٤)، فالقاضى المستعجل مطالب بالتدخل السريع على نحو يحول بينه وبين تقصى أبعاد المسألة أو التعمق فى بحثها ، وصولا إلى وجه الحق فيها ، وإنما مجرد تحسس المستندات والأدلة لاستظهار شبهة حق تبرر تقديم الحماية

---

(٦٣) أنظر فى هذا الموضوع : وجدى راغب: نظرية العمل القضائى ص ١٠٨ ، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – عدد ١ ص ٢٤؛ أمينة النمر: مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة – رسالة ١٩٦٧ ؛ محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٥٤ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول المرافعات رقم ٣١١ ؛ محمد على راتب ونصر الدين كامل: قضاء الأمور المستعجلة ١٩٨٥ ، ما تقدم ٧٥.

M.FRANCES, Essai sur la notion d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé, Thèse Toulouse 1935 ; J. MICHAUD, La notion d'urgence en droit judiciaire, Thèse Paris 1954.

(٦٤) وتعتمد عملية الترجيح على التحقق من وجود قاعدة قانونية تحمى بصفة مجردة المصلحة المهددة للطالب ، ثم ترجيح الأدلة المثبتة لحق الطالب من حيث الواقع. أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة.

المطلوبـة ، وهـذا الترجـيح يحـول دون تأكـيد وقـوع المخالفـة والإلـزام بالجزاء الناشئ عنها.

٢٥٥ = ويحول دون ذلك أيضا ، الطابع الوقتى للحماية المستعجلة فهى حماية مرهونة بزوال الخطر ، أو بتدخل القضاء بحمايته العادية ، ولهذا فإنها لا تتجه لاقتضاء حق واجب الاقتضاء جبرا ، وإنما مجرد المحافظة عليه حتى يحين موعد الحماية العادية ، وعندئذ ينتهى مفعول هذا النوع من الحماية إما بزوالها أو بتحولها إلى حماية تنفيذية [٦٥]، فالصفة الوقتية لهذا النوع من الحماية يلعب دورا فى تحقيق هذه النتيجة لأن استمرار وجودها ، يرتهن بالظروف التى صدرت هذه الحماية فى ظلها ، فإذا تغيرت هذه الظروف فإنها لا تلبث أن تفسح المجال لنوع آخر من الحماية القضائية.

٢٥٦ = وإذا كانت قرارات القضاء المستعجل لا تتضمن تأكيدا لمخالفة أو إلزاما بجزاء ، فإنها تتضمن مجموعة من التدابير اللازمة لمنع وقوع المخالفة وتوقى الضرر ، وقد يكون تدارك الضرر ومنع وقوعه فى صورة حماية تحفظية وقتية أو فى صورة حماية إلزامية وقتية ، وتحديد نوع الحماية المطلوبة يخضع لسلطة القاضى التقديرية ، فيكون له أن يتخذ ما يراه مناسبا من تدابير لمواجهة الخطر المحدق الذى يتهدد الحق ، حتى لو اختلفت هذه التدابير عن الطلبات المطروحة عليه ، انطلاقا من اعتبارات الملاءمة ومراعاة لظروف الحالة المعروضة عليه [٦٦].

---

(٦٥) واستنادا إلى الدور الوقائى للحماية الوقتية والتى تهدف إلى منع وقوع الضرر بالوقاية منه ، فإنه متى استنفد الضرر كاملا وآثاره ، ولم يعد هناك ما يمكن توقيه ، فإنه لا يكون للقضاء المستعجل من دور يؤديه ، ولا يكون أمام صاحب المصلحة سوى اللجوء إلى القضاء الموضوعى ، الذى يباشر نشاطه لرفع الضرر والتعويض عنه. أنظر: أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

(٦٦) ويتفق الفقه حول الاعتراف للقاضى المستعجل بسلطة تقديرية فى اتخاذ ما يراه مناسبا

٢٥٧ = وفى الصورة الأولى فإن تدخل القاضى المستعجل يكون تحفظيا بحتا ، غايته المحافظة على الحق بصفة وقتية باتخاذ أحد التدابير التحفظية المانعة(٦٧)، وهذا النوع من التدخل يهدف فى المقام الأول إلى توقى وقوع الاعتداء فى المستقبل وتلافى وقوعه بالتحفظ مؤقتا على أموال المدين ، ويظل التحفظ قائما إلى أن يزول الخطر أو يتدخل القضاء بحمايته العادية ، وتساهم هذه الصورة فى ضمان تحقيق الحق مستقبلا(٦٨)، ولهذا فإن قوة هذه التدابير وفعاليتها موقوتة ، بالحصول على الحماية العادية ، وهو ما يؤدى إلى زوالها وزوال آثارها.

٢٥٨ = والتدابير التى يتخذها القضاء المستعجل فى هذه الصورة

من تدابير. أنظر: فتحي والي: الوسيط ص ١٦٠ هامش رقم ١؛ وجدى راغب: مبادئ ص٢٥٦؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٣١٣. لكن وقع الخلاف حول الأساس الذى تستند إليه هذه السلطة ، فأرجعها بعض الفقه ، إلى فكرة'' تحوير الطلبات '' وذلك خروجا على مبدأ حياد القاضى فى التقيد بطلبات الخصوم ، فيكون له أن يحور الطلب الموضوعى الذى لا يختص به إلى طلب مستعجل يدخل فى اختصاصه.عبد الباسط جميعي: شرح الإجراءات المدنية ص ١٥٦. بينما يرى رأى آخر ، أن سلطة القاضى فى هذا الخصوص ، لا تشكل استثناء على مبدأ حياد القاضى ، وإنما تخضع للقواعد العامة فى التقيد بطلبات الخصوم ، وتجد أساسها فى أفكار أخرى كفكرة الطلب الضمنى فإذا قدم إليه طلبا موضوعيا يشتمل ضمنيا على طلب وقتى ، فيكون له أن يقضى فى الطلب الأخير ، أو إذا قدم إليه طلبا يتضمن أجراء محددا ، فله أن يقضى بإجراء آخر باعتباره الأداة التى تحقق مضمون الطلب الوقتى. أنظر: أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة. واعتقد أن سلطة القاضى التقديرية فى هذه الحالة ، أساسها فكرة الملاءمة ، فيكون له اختيار أنسب الوسائل لتحقيق غاية الحماية الوقتية ، طبقا لظروف الحالة المعروضة عليه.

(٦٧) أنظر: وجدى راغب: القضاء الوقتى ص ١٨١ ، ٢١٣. والنظر إلى العمل الوقتى باعتباره تدبير عملى ، وليس قرار كالعمل القضائى ، ولو كان هذا التدبير مسبوقا بقرار ، فإن هذا القرار لا يعدو كونه أجراء داخليا ضمن سلسلة الإجراءات الوقتية. بل أن العمل الوقتى قد لا يسبقه قرار ، كالحجز التحفظى ، إذا تم بناء على سند تنفيذى أو حكم غير جائز التنفيذ.

(٦٨) ويتحقق ذلك فى إجراءات الحجز التحفظى طبقا للمواد ٢١٩ ، ٣٢٥ مرافعات ، وفى التحفظ على المنقولات التى تخص الغير طبقا للمادة ٢/٤٤٩ مرافعات ، وفى المحافظة على أموال التركة طبقا للمادة الأولى الفقرة الثالثة بإصدار القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات القاضى فى مسائل الأحوال الشخصية(وكانت تنص عليها المادة ٩٤٩ مرافعات والتى ألغيت بصدور هذا القانون)، وفى المحافظة على الأموال فى العرض والإيداع طبقا للمادة ٢/٤٨٨ مرافعات ، والمحافظة على الدليل طبقا للمادة ٩٦ ، ١٣٣ إثبات. أنظر: وجدى راغب: القضاء الوقتى ص ٢١٣ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٦٦.

تتميز بطابعها التحفظى البحت ، الذى لا يتعدى مجرد المحافظة مؤقتا على الحق ومنع الإضرار به ، ولهذا فإنها تتحسب فقط لاحتمال وقوع المخالفة فى المستقبل ، لا أن تتصدى لمخالفة تحققت بالفعل ، ولهذا فإنها مجرد تدابير تحفظية ولا تحتاج إلى عمل حائز للقوة التنفيذية ، لأنها لا تستهدف وضع الجزاء الناشئ عن المخالفة موضع التطبيق الفعلى بالوسائل الجبرية ، ولهذا فإنه يكون كافيا لاتخاذ الإجراءات التحفظية ، مجرد الحصول على حكم ابتدائى(م٢٨٧ مرافعات)، وحتى فى الحالات التى يستخدم فيها الإجبار من أجل بعض الإجراءات التحفظية ، كالحجز التحفظى والذى يخضع لذات الإجراءات التى تخضع لها التدابير التنفيذية ، فإن الإجبار ينصرف إلى حفظ حق الدائن لا إلى تحقيقه ، ولهذا فإنه لا يحتاج إلى سند تنفيذى[٦٩].

٢٥٩ = وفى الصورة الثانية فإن تدخل القاضى المستعجل ، يتجاوز الطابع التحفظى للحماية الوقائية إلى الطابع الإلزامى لها فى خطوة أكثر تقدما من سابقتها ، بحيث لا يكفى مجرد المحافظة على الحق لتحقيق غاية هذا النوع من الحماية ، وإنما الإلزام بتدبير وقتى صالح للتنفيذ الجبرى ، لأنه لا يكون من الممكن مباشرة القاضى لوظيفته إلا باتخاذ مثل هذا التدبير ، من أجل مواجهة ضرر وشيك الوقوع تشير كل الدلائل إلى قرب وقوعه ، وتكون غاية التدخل القضائى الحيلولة دون وقوع الضرر أو منع اكتماله ، كوقف الأعمال الجديدة التى تهدد الحيازة والتى تكون على وشك الوقوع أو تم الشروع فيها بالفعل ، ويخشى عند وقوعها أو اكتمالها أن تؤدى إلى الاعتداء على الحيازة

(٦٩) أنظر: وجدى راغب: القضاء الوقتى ص ١٨٢ ، ٢١٣ ؛ أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الإحكام رقم ٦٦ وما يليه. وقد تتحقق غاية التدبير التحفظى بمجرد صدور القرار وبقوة القانون ، كالحكم الصادر بتعيين حارس ، حيث يكتسب الحارس صفته وسلطته وواجباته بالمحافظة على المال بمجرد صدور القرار دون حاجة إلى أى إجراء آخر. أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة.

(م٩٦٢ مدنى)[٧٠].

٢٦٠ = لكن هذه الصورة قد تواجه مخالفة تحققت بالفعل ، فالحماية المستعجلة لا تفترض حتما انتفاء الضرر[٧١]، و يكون الهدف من التدبير الوقتى ليس إزالة الضرر وإنما منع تفاقمه بوضع حد له ، وذلك فى الحالات التى يكون فيها الاعتداء له صفة الاستمرار أو التكرار ، ولا يستنفد آثاره دفعة واحدة وإنما تستمر هذه الآثار وتتضاعف بمرور الوقت ، ويكون المطلوب من القاضى وقف الضرر عند الحد الذى بلغه خشية استمراره وتفاقمه ، كبقاء المال فى يد الغاصب والمستأجر فى العين بعد انتهاء مدة العقد والامتناع عن الإنفاق وعدم دفع الأجرة الدورية ، ولا يكون من الممكن منع تفاقم الضرر بوضع حد له ، إلا بصدور قرار وقتى بالإلزام برد الحيازة مؤقتا لمن سلبت حيازته والطرد من العين المغصوبة بإخلاء المستأجر والحكم بالنفقة الوقتية.

٢٦١ = وهذه الصورة من صور الحماية الوقتية الإلزامية ، تقع فى منطقة وسط بين أعمال الحماية التحفظية البحتة وبين الأعمال التى تصلح لبدء إجراءات التنفيذ الجبرى ، حيث تحتفظ بهدفها التحفظى فى المحافظة على الحق لضمان تحقيقه مستقبلا إلى أن يتدخل القضاء بحمايته العادية ، لكنها لا تلزم بأداء حق واجب الاقتضاء جبرا كالأعمال التى تلزم بالجزاء المترتب على المخالفة ، وإنما تلزم بتدبير وقتى من أجل توقى الضرر أو التخفيف من آثاره فى حالة وقوعه ، ولا يكون ذلك

---

(٧٠) أنظر: وجدى راغب: القضاء الوقتى ص ١٩٧ ، ٢٠٥. والنظر إلى أعمال الحماية المستعجلة على أنها تتضمن نوعين من التدابير ، تدابير تحفظية تتجه للمحافظة على الحق وتدابير معجلة أكثر جسامة تودى ألى تحقيق الحق بصفة وقتية. أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٦٧ والنظر إلى أعمال الحماية المستعجلة ، على أنها من الأعمال التحفظية بحسب الأصل ، وليس من التدابير التنفيذية والحجج العديدة المشار إليها.

(٧١) أنظر: وجدى راغب: المرجع السابق ص ١٩٧ ؛ أحمد ماهر زغلول: الإشارة السابقة.

ممكنا إلا بالجبر فى تنفيذه ، ولهذا فإنها تكون صالحة لبدء إجراءات التنفيذ الجبرى شأنها شأن أعمال الحماية الإلزامية الموضوعية ، وهو ما يقتضى الاعتراف لها بالقوة التنفيذية ، ومع ذلك فهى حماية موقوتة لا تلبث أن تزول بتدخل القضاء بحمايته العادية[٧٢].

٢٦٢ = لكن الاعتراف لأعمال الحماية المستعجلة بالتنفيذ بالمعجل الحتمى ، يأتى على سبيل الاستثناء من القاعدة العادية فى التنفيذ المعجل وهو ما قررته المادة ٢٨٨ مرافعات والتى تنص على أن'' النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرتها وللأوامر على عرائض ، وذلك ما لم ينص فى الحكم أو الأمر على تقديم كفالة''. كما أن الحكم الذى أوردته هذه المادة ، يأتى على سبيل الاستثناء أيضا من مضمون السند طبقا للمادة ٢٨٠ مرافعات ، ووجوب أن يتضمن السند تأكيدا لوقوع المخالفة والإلزام بالجزاء الناشئ عنها ، لأن أعمال الحماية المستعجلة لا تتضمن مثل هذا المضمون ، لأن مبنى القضاء فيها هو الترجيح ويكفى بالنسبة لها احتمال وجود الحق ، ولهذا يعترف لها بصفة السند رغم أنها لا تتضمن تأكيدا لحق واجب الاقتضاء[٧٣].

٢٦٣ = وتثبت القوة التنفيذية الحتمية لأعمال القضاء المستعجل ، أيا كانت المحكمة التى أصدرتها[٧٤] وأيا كان شكل إصدارها ، وسواء صدرت فى شكل الحكم كالأحكام المستعجلة التى تتضمن قضاء بالإلزام أيا كان محله سواء كان بعمل أو بامتناع عن عمل ، كالحكم بالنفقة الوقتية أو بطرد المستأجر من العين المؤجرة لانتهاء مدة الإيجار ، أو بطرد الوكيل من العين المسلمة إليه بسبب الوكالة إذا تبين للمحكمة

(٧٢) أنظر فى التمييز بين التدابير التحفظية والتدابير المعجلة وفى الفاعلية المميزة للقرارات الوقتية ، على أنها ذات قوة تنفيذية فورية. وجدى راغب: القضاء الوقتى ص ٢١٥ ، ٢٢٢.

(٧٣) أنظر: أحمد ماهر زغلول: آثار إلغاء الأحكام رقم ٧٠.

(٧٤) أنظر ما تقدم رقم ٢٥١ وما يليه.

انتهاء عقد الوكالة ، أو بطرد الغاصب للعقار وإعادة وضع يد الحائز عليه ، أو بوقف الأعمال الجديدة التى تحمل فى طياتها اعتداء على الحيازة. أو صدرت فى شكل الأمر ، فتثبت القوة التنفيذية الحتمية للأمر على عريضة الذى يتضمن الإلزام بشىء ، كالأمر الصادر بتقرير نفقة وقتية طبقا للمادة ١/٨٨٢ مدنى(٧٥). لكن القوة التنفيذية الحتمية التى يكتسبها الحكم أو الأمر قد تكون مقيدة بقيد الكفالة ، وذلك إذا رأت المحكمة الإلزام بها ، وإن كان الأصل فى المسائل المستعجلة أن تكون بغير كفالة إلا إذا رأت المحكمة عكس ذلك ، وإذا جاء حكمها خاليا من الإشارة إليها فإن المحكوم له لا يكون ملزما بها رجوعا إلى الأصل(٧٦).

٢ - الأحكام الصادرة فى المواد التجارية

٢٦٤ = طبقا لنص المادة ٢٨٩ مرافعات فإن التنفيذ المعجل يكون حتميا للأحكام الصادرة فى المواد التجارية ، وقد عبرت عن هذا المعنى بقولها" النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد التجارية وذلك بشرط تقديم الكفالة". وتثبت القوة المعجلة لهذا النوع من الأحكام أيا كان موضوعها أو دليل إثباتها أو مصدر الالتزام فيها ، سواء تعلق الحكم بتنفيذ عقد تجارى أو فسخه وذلك استنادا إلى عمومية النص. لكن هذا التطبيق يقتصر على الأحكام الموضوعية الصادرة فى المواد التجارية ، أما الأحكام المستعجلة الصادرة فى هذه المواد فإنها تخضع لحكم المادة ٢٨٨ مرافعات ، ووجه الخلاف بين الحالتين أن الكفالة فى المواد المستعجلة جوازية ، ولهذا فإن قوة الحكم التنفيذية لا تكون مقيدة بهذا القيد ما لم تأمر بها المحكمة ، بينما تكون واجبة بقوة القانون فى المواد التجارية تطبيقا لنص المادة ٢٨٩ مرافعات(٧٧).

---

(٧٥) أنظر: أحمد ماهر زغلول: آثار رقم ٧٢.

(٧٦) أنظر: عبد الباسط جميعى: المبادئ ص ٨٢ ؛ أحمد أبو الوفا: التعليق على النصوص ص ١١٣٣؛ محمود هاشم: قواعد رقم ٦٧.

(٧٧) أنظر: عبد الباسط جميعى: الإشارة السابقة.

٢٦٥ = ويبرر التنفيذ الحتمى للحكم فى هذه الحالة رغم قابليته للطعن أو حتى مع الطعن فيه فعلا ، حاجة المعاملات التجارية إلى السرعة ، على نحو لا تحتمل معه الانتظار حتى يحوز الحكم القوة التنفيذية العادية ، وهو ما دفع القانون إلى اختيار الحل الذى يكتفى بالتأكيد الوارد فى الحكم الابتدائى ، كأساس لخلع القوة التنفيذية المعجلة عليه دون اعتبار لقوة سند الحق ، ومدى احتمال تأييد الحكم فى الاستئناف من عدمه(٧٨).

٢٦٦ = ومن أجل معرفة نوع المادة الصادر فيها الحكم فقد أوجبت المادة ١٧٨ مرافعات ، ضرورة بيان نوع المادة الصادر فيها الحكم ، وما إذا كان الحكم صادرا فى مادة تجارية أو مستعجلة حتى يتسنى للمحكوم له استخرج صورة تنفيذية من الحكم ، بمجرد اطلاع الكاتب على نوع المادة التى صدر فيها والبدء فى تنفيذه بمجرد اطلاع المحضر عليه.

٢٦٧ = والتنفيذ الحتمى للأحكام الصادرة فى المواد التجارية مقيد بضرورة تقديم الكفالة ، فلا يكون التنفيذ ممكنا دون تقديمها ، حتى فى الحالات التى لا يشير فيها الحكم إلى الكفالة ، لأن الكفالة فى هذه المسائل واجبة بقوة القانون ، ولا يجوز للقاضى الإعفاء منها وإلا عد ذلك خطأ منه يجيز الطعن فى الحكم بالطريق المقرر. لكن الإعفاء من الكفالة قد يكون بنص القانون ، وقد نصت المادة ٥٦٦ من قانون التجارة رقم١٧ لسنة ١٩٩٩ على الإعفاء من الكفالة فى الأحكام الصادرة فى دعاوى الإفلاس ، وجاء نصها كالتالى'' تكون الأحكام الصادرة فى دعاوى الإفلاس واجبة النفاذ بلا كفالة،،(٧٩).

---

(٧٨) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ ص ٩١ ؛ محمود هاشم: قواعد ص ١٤٢ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٦٤ ص ١٢٤.

(٧٩) وكانت المادة ٢١١ من القانون التجارى الملغى تتضمن الحكم ذاته بنصها على أن الأحكام الصادرة بشهر إفلاس التاجر تكون واجبة النفاذ بلا كفالة.

وتستند الكفالة الوجوبية فى المسائل التجارية إلى أهمية الضمان فى الأعمال التجارية ، والحاجة إلى السرعة فى الوفاء بالالتزامات ، وهو ما يبرر شمول الأحكام الصادرة فيها بالتنفيذ المعجل بقوة القانون ، دون نظر إلى قوة سند الحق ، وهو ما دفع المشرع إلى الموازنة بين مصالح الأطراف ، ولهذا فإن شمول الحكم بالتنفيذ المعجل بقوة القانون لصالح المحكوم له يقابله الإلزام بالكفالة الوجوبية لمواجهة احتمال إلغاء الحكم فى الاستئناف[٨٠].

٢٦٨ = وقد وقع الخلاف بشأن الإعفاء من الكفالة فى المواد التجارية ، وذلك فى حالة صدور الحكم استنادا إلى أى من الحالات التى وردت فى المادة ٢٩٠ مرافعات ، سواء ما يقوم منها على الاستعجال أو ما يقوم منها على قوة سند الحق. فاتجه الرأى السائد فى الفقه[٨١]، إلى جواز الإعفاء من الكفالة إذا ما توافرت حالة من هذه الحالات ، لأن القاضى يملك الأمر بالتنفيذ المعجل للحكم بغير كفالة طبقا لهذا النص ، وانطلاقا من الحكمة التشريعية للنصوص ، فإنه إذا كانت الكفالة الوجوبية فى المواد التجارية تواجه التنفيذ المعجل للحكم بقوة القانون بغض النظر عن قوة سند الحق ، فإنه متى توافرت إحدى حالات قوة سند الحق بما يرجح تأييد الحكم فى الاستئناف فإن حكمة الكفالة تنتفى ، بالإضافة إلى ذلك ، فإن القانون عندما قرر التنفيذ المعجل بقوة القانون فى المواد التجارية بشرط تقديم الكفالة ، فإنه منح المحكوم له فى هذه المواد حدا أدنى من الحماية الوقتية ، وهذا لا يعنى سلب سلطة المحكمة التقديرية فى منحة مزيدا من الحماية الوقتية وفقا للقواعد العامة ، فيكون للمحكمة أن تأمر بالتنفيذ المعجل بلا كفالة متى قدرت توافر الاستعجال

---

(٨٠) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ القضائى ص ١٠١ ؛ محمود هاشم: قواعد التنفيذ الجبرى رقم ٧٥.

(٨١) أنظر: رمزى سيف: التنفيذ رقم ٤٣ ص ٤٤ ؛ فتحى والى: التنفيذ رقم٣٧ ص ٨٠ ؛ وجدى راغب: التنفيذ ص ١٠١.

ورجحان الحق فى التنفيذ[٨٢].

٢٦٩ = وقد اتجه جانب آخر من الفقه إلى عدم جواز الإعفاء من الكفالة فى المواد التجارية ، انطلاقا من صراحة نص المادة ٢٨٩ مرافعات ، والتى تقضى بالتنفيذ المعجل الحتمى فى المواد التجارية بشرط تقديم الكفالة ، ولا اجتهاد مع صريح النص طبقا للقاعدة الأصولية[٨٣]. وفى اعتقادى أنه رغم وجاهة الرأى الأول وحججه المنطقية ، ومع ذلك فإن النصوص لا تسعفه[٨٤].

٣ - الإلزام بالنفقة فى مسائل الأحوال الشخصية

٢٧٠ = الأحكام الصادرة بأداء النفقات وما فى حكمها تكون مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون وبلا كفالة ، تطبيقا للحكم الوارد فى المادة ٦٥ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والتى تنص على أنه'' الأحكام والقرارات الصادرة بالنفقات أو الأجور والمصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة''[٨٥].

---

(٨٢) أنظر: وجدى راغب: الإشارة السابقة.

(٨٣) أنظر: تفصيلا حجج وأسانيد هذا الرأى. محمد عبد الخالق عمر: مبادئ رقم ١٧٦ ص ٢٠٠. حيث يرى أن حكم المادة ٢٨٩ لا يسرى فقط على الأحكام الموضوعية الصادرة فى المواد التجارية ، وإنما يسرى كذلك على ما يصدر فى هذه المسائل من أحكام مستعجلة. وأنظر: محمود هاشم: قواعد رقم ٧٥ ص ١٦٠. فهو وإن كان يشاركه الرأى فى وجوب الكفالة فى هذه المواد ، إلا أن الأمر يقتصر على ما يصدر فيها من أحكام موضوعية ، وليس الأحكام المستعجلة والتى تظل خاضعة لحكم المادة ٢٨٨ مرافعات ، بالإضافة إلى الحجج العديدة التى ساقها لتأييد وجهة نظره.

(٨٤) أنظر قريبا من هذا. أحمد ماهر زغلول: أصول رقم ٨٢ ص ١٤٦.

(٨٥) وكانت المادة ٨٨٧ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ تنص على هذا الحكم ، وكذلك المادة ٢/١ من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ المعدل لأحكام النفقات ، والتى كانت تنص على أن'' النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون لكل حكم صادر بالنفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن للزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين'' ، وقد ألغيت هذه المواد بصدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم بعض أوضع إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

٢٧١ = والحكم المقرر فـى هذه الحالـة ينصرف إلـى الأحكـام الموضوعية الصـادرة بالإلزام بالنفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسـكن ، شرط أن يكون الحكم صادرا فى مسائل الأحوال الشخصية ، وأن يكون بـأداء النفقة أو الأجر والمصروفات أو زيادتها ، وأن يكون الحكم لصـالح المستفيد من النفقة أو الأجر طبقا لنص المـادة ٦٥ من القـانون ١ لسنة ٢٠٠٠[٨٦]. ولا يخضع لهذا الحكم ما يصدر من أحكام بإسقاط النفقة أو الأجر أو تخفيض قيمتها ، كما لا يخضع له ما يصدر من أحكام بالنفقة فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، كما لا يخضع له كذلك مـا يصدر من أحكام بالنفقة الوقتية لأنها تخضع للتنفيذ المعجل بقوة القانون طبقا للمادة ٢٨٨ مرافعـات ، ويرجع السبب فى ذلك ، إلى أن الكفالـة فـى المسـائل المستعجلة جوازيـة ، وتخضـع لسلطة القاضـى التقديرية فيكون له الإلزام بها أو الإعفاء منها ، بحسب ظروف كل حالة على حدة ، فى حين أن الإعفـاء من الكفالة فى أحكام النفقة أو الأجر فى مسائل الأحوال الشخصية يكون بحكم القانون.

٢٧٢ = والتنفيذ المعجل الحتمى للأحكام الصادرة بالإلزام النفقة أو الأجر فـى مسائل الأحـوال الشخصية ، تبرره اعتبارات حاجة المستفيد الملحـة إلى النفقة أو الأجر أو المصـاريف وغيرها ، لتدبير شئون حياته الضرورية ومواجهة متطلبات حياته اليومية ، بحيث يكون التأخير فى الوفـاء بهـا ضـارا بـه علـى نحـو قد لا يكـون مـن الممكـن إصـلاحه فـى المستقل ، ولهذا فإنـه لا يجوز الانـتظار حتى يحوز الحكم القوة التنفيذية

(٨٦) كـان القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ يحمى مستحقى النفقة أو الأجر وقد تبدت هذه الحماية فى عدة مظاهر منها أن إشكالات التنفيذ المرفوعة من المحكوم عليه لا يكون لها تأثير على إجراءات التنفيذ ولا تؤدى إلى وقفه ، ومنها قيام بنك ناصر بالوفاء بدين النفقة لمستحقيها ويكون له الرجوع بما يوفيه على المدين بها ، كذلك زيـادة نسبة ما يجوز الحجز عليه من مرتبات المدينين بالنفقة وما فى حكمها إلى ٤٠% اقتضـاء لدين النفقة ، وقد ألغى هذا القانون بصدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الذى تبنى هذه الأحكام وأعاد تقديمها مرة أخرى فى المواد ٧١ ، ٧٦ ، ٧٨ من هذا القانون.

العاديـة[٨٧]، ونظـرا لأهميـة هذا الاعتبار فقد حـرص القـانون علـى عدم تقييد الأحكام الصادرة بالإلزام بالنفقة بأى قيد ، فقد أعفيت من قيد الكفالة بقوة القانون ولا يجوز للمحكمة الإلزام بها ، لأنها بذلك تضع عقبة تعوق تنفيذ الحكم وهو ما يعرض حكمها للطعن بالطريق المقرر.

٤ ـ الأحكام الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته

٢٧٣ = الأحكام الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته تكون مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون بلا كفالة ، تطبيقا لحكم المادة ٦٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ والتى تقضى بأنه'' الأحكام الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته . . تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة''. والتنفيذ المعجل بقوة القانون فى هذه الحالة ، يشمل الأحكام الصادرة بإلزام أى من الوالدين أو الجدين بتسليم الصغير لمن له الحق فى حضانته وحفظه. كما يشمل كذلك الأحكام الصادرة بالرؤية ، سواء أكانت صادرة لتمكين الأب من رؤية الصغير إذا كان فى حضانة النساء أو تمكين الأم من رؤيته إذا كان مع أبيه أو مع غيره من الأقارب ، وفى الحالتين ، فكما أن التنفيذ المعجل للحكم يكون بقوة القانون ، فإن الإعفاء من الكفالة يكون بقوة القانون هو الآخر.

٥ ـ الأحكام الصادرة فى مسائل الولاية على المال

٢٧٤ = تطبيقا لحكم المادة ٥٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ فإن الأحكام الصادرة فى مسائل الولاية على المال تكون مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون ، وجاء نص هذه المادة كالتالى'' تكون الأحكام الصادرة من محكمة أول درجة بصفة ابتدائية فى مسائل الولاية على المال واجبة النفاذ ولو مع حصول استئنافها''. وبناء على ذلك فإن ما

---

(٨٧) أنظر: وجدى راغب: التنفيذ القضائى ص ٩٣ ؛ محمود هاشم: قواعد التنفيذ رقم ٦٧ ـ ١٤٠ ؛ أحمد ماهر زغلول: أصول التنفيذ رقم ٦٥ ص ١٢٥.

يصدر من أحكام وقرارات فى مواد الولاية والوصاية على القصر ومواد الحجر والغيبة والمساعدة القضائية وتعيين مأذون بالخصومة والإذن بما يصرف لزواج القاصر وتعيين مصف للتركة وعزله واستبداله ، تكون واجبة التنفيذ بقوة القانون ، أما الكفالة فى هذه المواد فإنها تخضع لحكم القواعد العامة ، من حيث سلطة القاضى التقديرية ، فلم يتضمن النص أية إشارة إليها.

ويستثنى من حكم التنفيذ المعجل للأحكام الصادرة فى مسائل الولاية على المال ، طبقا لما ورد فى المادة ٥٤ ما يصدر من أحكام وقرارات فى المسائل والمواد الآتية: ١- الحساب ٢- رفع الحجر وإنهاء المساعدة القضائية ٣- رد الولاية ٤- إعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالتصرف أو الإدارة ٥- ثبوت الرشد بعد القرار باستمرار الوصاية أو الولاية ٦- الإذن بالتصرف للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب.

الخلاصـــــة

يمكن إيجاز أهم ما أسفر عنه البحث فى هذا الجزء من الدراسة فى النتائج التالية:

أولا: اعتمد القانون المصرى القاعدة التى تقضى ، بتزويد الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة ، بالقوة التنفيذية الوقتية ، رغم قابليها للطعن بطرق الطعن العادية ، أو حتى مع الطعن فيها بالفعل ويكتسب الحكم هذه القوة إما بنص القانون أو بحكم المحكمة ، وهى القاعدة المعمول بها فى الكثير من النظم القانونية ، كالقانون العراقى والأردنى واللبنانى والفرنسى ، وتهدف هذه القاعدة إلى تلافى المخاطر التى يتعرض لها المحكوم له من تأخير التنفيذ طبقا للقاعدة العادية.

ثانيا: يجب أن يتوافر فى الحكم ذات الشروط التى تتطلبها القاعدة العادية لتنفيذ الأحكام ، عدا الشرط المتعلق بالحصانة الإجرائية ، باعتبار أن القوة التى تلحق الحكم تجعله صالحا للتنفيذ الجبرى ، لكن الأثر التنفيذى الذى يلحق الحكم ، هو أثر وقتى ما يلبث أن يزول ، إما بإلغاء الحكم عند الطعن فيه ، وإما بحلول الحماية العادية محله.

ثالثا: ويجب أن يتوافر فى الحكم ذات الشروط التى يتطلبها هذا النوع من الحماية ، وذلك باعتباره صورة من صور الحماية الوقتية ، فى نطاق التنفيذ الجبرى ، من استعجال وترجيح لوجود الحق ، لكن القانون الفرنسى فى قانون المرافعات الجديد عدل عن هذه المعايير ، وتبنى معيار ضرورة التنفيذ المعجل للحكم وأن يكون ملائما لطبيعة المسالة .

رابعا: يعتمد التنفيذ المعجل للحكم على مبدأ الطلب فى خصومة أول درجة ، عدا الحالات التى يكون فيها التنفيذ المعجل بقوة القانون ، وقد خرج القانون الفرنسى على هذا المبدأ ، فأجاز تقديم الطلب ليس أمام محاكم أول درجه فقط ، وإنما أمام محاكم الاستئناف كذلك ، بل وأجاز للقاضى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل من تلقاء نفسه. ويختص بالفصل فى الطلب ، محكمة أول درجة ، التى قدم إليها الطلب الأصلى وحدها ، ودون غيرها من المحاكم ، وهناك اتفاق بين القانون المصرى والفرنسى فى هذه النقطة ، لكن القانون الفرنسى أعطى لرئيس محكمة الاستئناف أو القاضى المكلف بالتحضير ، اختصاصا بالفصل فى الطلب.

خامسا: يعتمد شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، على السلطة التقديرية للقاضى ، مقيدا فى ذلك بتوافر شروط الحماية الوقتية ، عدا

الحالات التى يفترض فيها القانون توافر هذه الشروط ، سواء أكان افتراضا قابلا لإثبات العكس ، فى الحالات الخاصة التى تضمنتها المادة ٢٩٠ مرافعات ، أو لا يقبل الإثبات العكسى ، فى حالات التنفيذ المعجل بقوة القانون . لكن القانون الفرنسى فى تعديلاته الأخيرة ، وسع من سلطة القاضى التقديرية ، وأجاز له شمول الحكم بالقوة التنفيذية من تلقاء نفسه ، غير مقيد سوى بمعيار ضرورة التنفيذ المعجل للحكم وأن يكون ملائما لطبيعة المسألة ، وهو ما يعتمد على الاعتقاد الشخصى للقاضى ، ودون أن يكون فى حاجة لتسبيب قراره. لكن لا يكون له هذه السلطة، فى الحالات التى يكون التنفيذ المعجل فيها بقوة القانون.

سادسا: لا تتوقف القوة التنفيذية المعجلة للحكم ، على الطلب الأصلى وحده ، وإنما تمتد لتشمل الطلبات الملحقة به كذلك ، لكن هذه القوة لا تطول من الحكم ، إلا الشق الصالح للتنفيذ الجبرى ، ولا يجوز الاتفاق على مخالفة الأحكام المنظمة لها ، لكن القانون قد يستبعد التنفيذ المعجل فى بعض الحالات ، بحيث لا يكون للقاضى سلطة شمول الحكم بالتنفيذ المعجل فيها.

سابعا: اعتمد القانون فى التنفيذ المعجل للحكم على صورتين ، الأولى تمثل القاعدة العامة ، ويتمتع القاضى فيها بسلطة تقديرية كبيرة ، غير مقيد سوى بضرورة توافر الاستعجال وترجيح وجود الحق ، وتسمى التنفيذ المعجل القضائى أو الجوازى ، والصورة الثانية ، تمثل الحالات الاستثنائية ، التى يكون فيها التنفيذ بالمعجل مقيد بعدد محدد من الحالات ، وليس للقاضى أية سلطة تقديرية بشأنها.

خاتمـــــة

في ختام هذا البحث ، فإنه يمكن إجمال أهم ما أسفر عنه من نتائج في النقاط التالية ، والتى يمكن أن تساعد فى الإجابة على التساؤلات التى طرحت فى البداية ، وذلك على النحو التالى:

أولا: اعتمد القانون المصرى فى سبيل تحقيق فاعلية الأحكام ، ولتحقيق الحماية القضائية للحقوق ، حفاظا على القانون وعلى الاستقرار الاجتماعى ، على ثلاث قواعد تتدرج بقوة الحكم من أدنى درجات القوة ، حتى يصل إلى أقصى درجاتها. فعهد إلى القاعدة الأولى ، وهى قاعدة الاستنفاد أي استنفاد القاضى لولايته ، بتحقيق الوجود القانونى للحكم ، داخل الإجراءات فى مواجهة القاضى الذى أصدره ، فلا يكون له المساس به بعد إصداره ، وهو ما يحقق الوجود القانونى لطائفة كبيرة من الأحكام وهى الأحكام القطعية ، لضمان وصول الخصومة إلى غايتها ، لأن هذه القاعدة غايتها الأحكام الإجرائية فى المقام الأول. لكن القانون لم ينص صراحة على هذه القاعد ، وإنما أشارت إليها نصوصه بطريقة ضمنية ، ويجب تدارك هذا النقص ، ومعالجته بنصوص تشريعية أسوة بالتشريعات المقارنة كالقانون الفرنسى.

ثانيا: عهد القانون إلى القاعدة الثانية ، وهى حجية الأمر المقضى بإضفاء قوة إضافية على الحكم ، خارج إجراءات إصداره ، يكون على أثرها هو الحقيقة القائمة بين أطرافه ، على نحو لا يكون من الممكن التملص منه أو الالتفاف حوله ، برفع دعاوى جديدة بذات المسألة التى سبق الفصل فيها ، أو التهرب من مضمونه فى أى دعوى أخرى يثار فيها هذا المضمون ، ضمانا لاستقرار الحقوق ووضع حد للمنازعة حولها ، ولهذا فإنها لا تتناول سوى الأحكام

الموضوعية. لكن المعالجة التشريعية لهذه القاعدة ، ربطت بين الحجية كأثر للحكم ، وبين قوة الأمر المقضى كصفة إجرائية تلحق الحكم تحصنه ضد طرق الطعن العادية ، وهذا الربط فى غير محله ، لأن هذه الصفة لا تلحق الحكم إلا فى مرحلة متأخرة من عمر الحكم ، وتحصنه ضد المساس به بطرق الطعن العادية ، وهو ما يناسب الربط بينها وبين القوة التنفيذية للحكم ، لأنها تحقق له قدرا معقولا من الاستقرار يبرر تنفيذه. فى حين أن للحجية دور آخر تماما ، يبدأ فى مرحلة مبكرة من عمر الحكم ، ومنذ لحظة صدوره ، لكى يحقق له من القوة ما يجعل منه الحقيقة القائمة بين أطرافه ، وهى درجة من القوة لازمة له ، بعد القدر الذى تحقق له بواسطة قاعدة الاستنفاد ، وتمهد للدرجة التالية ، التى يصل فيها الحكم ، إلى أقصى درجات قوته وهى القوة التنفيذية. والربط بين الفكرتين يفقد الحجية مدلولها الحقيقى ، ويؤدى إلى الخلط بينهما ، مع أن كل فكرة لها دور محدد ، تؤديه فى تحقيق فاعلية الأحكام. وهو ما يحتاج إلى تدخل تشريعى ، يضع قاعدة الحجية فى مكانها المنطقى الخاص بآثار الأحكام فى قانون المرافعات ، كأثر لصدور الحكم يتناوله منذ لحظة صدوره ، يحقق للحكم قوته فى مواجهة تكرار الإجراءات بشأن المسألة التى فصل فيها ، ويفرض مضمونه على القضاة والخصوم على السواء ، دون الربط بينها وبين قوة الأمر المقضى.

ثالثاً: تنحسر قاعدة الحجية عن الأحكام الوقتية ، وأن ما يتحقق لها من حصانة مرده إلى فكرة الحكم الشرطى ، وهى الفكرة التى تسمح للقاضى ، بإصدار أحكام مشروطة بعدم تغير الظروف ، ويتوقف نفاذها وسريانها ، على بقاء الحالة التى صدرت فيها كما هى دون تغيير ، فإذا تغيرت زالت حصانة هذه الأحكام ، وأمكن مراجعتها وتعديلها ، على نحو يتفق مع الظروف الجديدة ، لكن

هذه الفكرة فى حاجة ، إلى تدخل تشريعى ، يضعها فى إطارها الصحيح ، استرشادا بالحل الذى تبناه القانون الفرنسى .

رابعا: اعتمد القانون فى تحقيق أقصى درجات القوة للحكم طبقا للقاعدة العادية ، على مدى ما تحقق للحكم من حصانة ، ضد المساس به بطرق الطعن العادية ، فمتى حاز قوة الأمر المقضى ، فإنه يكون مستوجبا للقوة التنفيذية ، على النحو الذى يكفى لفرض مضمونه جبرا عند اللزوم. لكنه اعتمد إلى جوار هذه القاعدة ، على القاعدة الوقتية ، التى تجيز تزويد الحكم الابتدائى ، الذى لم يصل إلى هذه الدرجة من الحصانة بالقوة التنفيذية ، إذا ما تطلبت ظروف الاستعجال ذلك.

خامسا: شهد التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية ، تطورا ملحوظا ، فى الفترة التى بدأت بصدور قانون المرافعات ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، فقد تم الربط بين القوة التنفيذية للأحكام ، وبين الحصانة التى تكتسبها ضد الطعن فيها ، بطرق الطعن العادية ، فى حين كانت التشريعات السابقة ، تزود الأحكام بالقوة التنفيذية فور صدورها ، لكن لا يجوز التنفيذ خلال ميعاد الطعن ، أو فى حالة رفع الطعن ، نتيجة للأثر الواقف الذى يترتب فى الحالتين. أما بالنسبة للقاعدة الوقتية ، فقد شهدت تطورا مماثلا ، فقد تبنى القانون الحالى ، قاعدة عامة فى تزويد الأحكام الابتدائية بالتنفيذ المعجل ، معتمدا على سلطة القاضى التقديرية ، غير مقيد فى ذلك سوى بتوافر شروط الحماية الوقتية ، لكنه لا يتم إلا بناء على طلب ، وإن احتفظ بعدد من الحالات الخاصة فى هذه الصورة ، بالإضافة إلى صورة استثنائية ، يكون تزويد الحكم بالتنفيذ المعجل فيها بقوة القانون ، فى عدد محدد من الحالات. فى حين كان

التنظيم السابق محدود إلى حد كبير، يعتمد على التنفيذ المعجل القضائى الجوازى فى عدد من الحالات يتم بناء على سلطة القاضى التقديرية وطلب الخصم، والقضائى الوجوبى فى عدد آخر، ويتم بمجرد الطلب، ويكون فى عدد محدد من الحالات بقوة القانون.

سادسا: بدت أهم عيوب التنظيم الحالى، فى أنه يعتبر أن تزويد الحكم بالقوة التنفيذية، يشكل عنصرا من عناصر التنفيذ، ولهذا تمت معالجة هذه القوة، من خلال قواعد التنفيذ الجبرى، مع أن القوة التنفيذية للحكم، تدخل فى المرحلة المتعلقة بتكوين السند التنفيذى، وتمهد للتنفيذ، وبالتالى لا تخضع لقواعد التنفيذ الجبرى ولا لقاضى التنفيذ، ولهذا فإنه يجب معالجتها، فى الباب الخاص بآثار الأحكام، وهو الباب التاسع من الكتاب الأول.

بالإضافة إلى ذلك، فإن القاعدة العادية لقوة الأحكام التنفيذية، وردت فى غير مكانها، فقد تمت معالجتها، فى المكان الخاص بالتنفيذ المعجل للأحكام، وهو ما يلزم تداركه، بمعالجتها على حده وفى مكانها المناسب.

عالج هذا التشريع التنفيذ الوقتى للأحكام، باعتباره استثناء من القاعدة العادية، مع أنه يعد صورة من صور الحماية الوقتية، فى نطاق التنفيذ الجبرى، يواجه الخطر الناشئ عن تأخير التنفيذ طبقا للقاعدة العادية، ولا يمكن أن تكون الحماية الوقتية، استثناء من القاعدة العادية، وإنما هى صورة من صور الحماية القضائية، قد تكون تكميلية أو احتياطية، لكنها ليست استثنائية.

احتفظ هذا التنظيم بالحالات الخاصة فى التنفيذ المعجل الجوازى والتى وردت فى المادة ٢٩٠ مرافعات، رغم أن هذه الحالات

فقدت أهميتها ، بعد أن تبنى القانون القاعدة العامة التى تجيز شمول الحكم فى عدد غير محدود من الحالات بالتنفيذ المعجل.

القوة التنفيذية ما هى إلا أثر يرتبه القانون على حكم الإلزام يجعله صالحا للتنفيذ الجبرى ، متى توافرت فى الحكم شروطا معينة ، ولهذا فإن التنظيم الإجرائى الخاص بالقوة التنفيذية للأحكام يجد مجال تطبيقه ، فى نطاق الأحكام الصالحة للتنفيذ الجبرى ، وليس له علاقة بنفاذ الأحكام ، وهى المسألة التى تتولاها قواعد أخرى ، وأن ما ورد فى المادة ٢٨٧ : ٢٩٠ مرافعات ، بشأن النفاذ المعجل للأحكام ، لا يفيد شمول الحكم بالقوة التنفيذية من الناحية القانونية ، ويجب العدول عنه إلى ما يفيد المعنى المقصود ، كالتنفيذ المعجل للأحكام.

<u>سابعا:</u> يجد هذا التنظيم مجالا لتطبيقه ، فى الأحكام الصادرة عن القضاء المدنى بتشكيلاته المختلفة ، دون جهات القضاء الأخرى ، ولا يتناول من أحكام هذا القضاء ، سوى ما يصدر من قضاء بالإلزام ، سواء أكان صادرا بحماية موضوعية أو وقتية ، وأيا كان شكل إصدارها . لكن بعض أعمال القضاء وإن توافر لها المضمون الملزم ، فإنها مع ذلك لا تخضع لهذا التنظيم ، كاتفاقات الخصوم التى يتم إثباتها فى محضر الجلسة(م١٠٣ مرافعات) والأحكام الصادرة عن قضاء دولة أجنبية ، ولا يخضع له من باب أولى الأعمال غير القضائية ، كأحكام التحكيم. بالإضافة إلى ذلك ، فإن خضوع الحكم لهذا التنظيم ، يقتضى اتصاف الحكم بصفة إجرائية تحصنه ضد طرق الطعن العادية ، وهى قوة الأمر المقضى ، ما لم يخضع الحكم للقاعدة الوقتية ، فلا يشترط أن يحوز حصانة معينة ، ويكفى أن يكون صادرا بصفة ابتدائية.

ثامنا: لكى يكون الحكم مؤهلا لاكتساب القوة التنفيذية ، فإن ذلك يقتضى صدوره عن تشكيلات القضاء المدنى ، وأن يكون فى حدود الولاية العامة لقضاء الدولة ، فإذا تجاوز هذه الحدود ، فإنه لا يعد حكما ، ولا يكون مؤهلا للخضوع للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية ، أما فى حالة مخالفته لقواعد توزيع الولاية بين جهات القضاء المختلفة ، فإن هذه المخالفة لا تؤثر على الحكم ومع ذلك ، فإنها تجعل من قوته محلا للشك ، فإذا صدر حكم متناقضا معه من الجهة صاحبة الولاية ، فإن مصيره سوف يتوقف على موقف المحكمة الدستورية العليا منه.

كما أن هذا التنظيم يقتضى كذلك صحة الحكم ، فلا يكون معيبا على نحو يؤثر فى وجوده ، بحيث يؤدى إلى انعدامه ، وذلك إذا طال العيب ركنا من أركانه ، فإن مثل هذا العيب يحرم الحكم من إنتاج آثاره ، فلا يكون له حجية الأمر المقضى ولا يكون مؤهلا لاكتساب القوة التنفيذية ، ويجوز المنازعة فى تنفيذه استنادا إلى هذا العيب ، لكن إذا أصاب العيب شرطا من الشروط الواجب توافرها فى هذه الأركان ، فإن مثل هذا العيب لا يرقى إلى الدرجة التى تؤثر فى وجود الحكم ، وإن كان يؤدى إلى بطلانه ومع ذلك يظل قائما مرتبا لجميع آثاره ومنها قوته التنفيذية ، إلى أن يتم تصحيح العيب بالطعن فى الحكم ، وبطرق الطعن وحدها وليس أى طريق آخر .

ويضاف إلى ذلك ، ضرورة أن يكون من أحكام الإلزام ، لأن هذا النوع من الأحكام يؤدى دورا مزدوجا فى إطار الحماية القضائية ، لأنه بالإضافة إلى ما يرد فيه من تقرير لوجود الحق ، فإنه يتضمن الإلزام بأداء قابل للتنفيذ الجبرى ، بصدوره فى صورة حماية قضائية جزائية ، تهدف إلى إزالة ما وقع من تعد على الحقوق

بالإعمال الفعلى للجزاء الناشئ عن المخالفة ، وهو ما يؤدى إلى حصول الدائن على ذات الالتزام الأصلى أو على أداء بديل عنه ، بشرط أن يكون هذا الجزاء قابل للتنفيذ الجبرى ، فلا تحول دونه أية موانع مادية أو أدبية ، ويستوى فى ذلك أن يكون قضاء الإلزام صادرا ، فى صورة حماية قضائية موضوعية ، صدرت فى شكل الحكم أو شكل الأمر ، أو فى صورة حماية قضائية وقتية ،. وذلك فى الحالات ، التى لا يمكن تحقيق غاية هذا النوع من الحماية ، إلا عن طريق قضاء بالإلزام الوقتى ، من أجل تحاشى وقوع الضرر المحدق ، أو منع تفاقمه ووقفه عند الحدود التى بلغها ، إذا كانت له صفة الاستمرار أو التكرار. أما الأحكام التى لا تحتاج إلى حماية تكميلية ، فإنها لا تخضع لهذا التنظيم ، كالأحكام التقريرية والمنشئة والتى يترتب على صدورها ، تحقيق الحماية القضائية الكاملة ، ولم يرد فى نصوص القانون ، ما يفيد اشتراط أن يكون الحكم من أحكام الإلزام ، لكن هناك من النصوص ما يدل على ذلك ، كالمادة ٢٨٠ مرافعات ، والتى تشترط فى مضمون السند تحقق الوجود وتعيين المقدار وحلول الأداء ، ويرجع السبب فى اقتصار القوة التنفيذية على أحكام الإلزام ، إلى مضمون هذا النوع من الأحكام ، حيث يعبر هذا المضمون عن الإلزام بجزاء ، ويؤدى وظيفته كقضاء موضوعى ، بالإضافة إلى وظيفته التحضيرية للتنفيذ الجبرى ، ولا يشترط فى هذا الإلزام أن يرد فى صيغة معينة ، فقد يكون صريحا أو ضمنيا ، وسواء ورد فى منطوق الحكم أو فى أسبابه.

بالإضافة إلى ذلك ، فإنه يشترط أن يحوز الحكم الحصانة الإجرائية التى تمنع المساس به ، من أجل تحقيق الاستقرار له

على نحو معين ، يبرر خلع القوة التنفيذية عليه ، مراعاة لمصالح الخصوم التى تتأثر بتأخير التنفيذ ، ومراعاة للمصلحة العامة التى تتأثر بشغل المحاكم بإجراءات لم يكن لها ما يبررها. وقد اعتمد التنظيم الإجرائى خطا وسطا ، لا يسمح بتنفيذ الحكم فور صدوره كبعض التشريعات فى القانون المقارن ، وإنما يتطلب فى الحكم حصانة إجرائية ، تحصنه على الأقل ضد طرق الطعن العادية ، ومن أجل تحقيق ذلك ، فقد اعتمد فكرة التدرج الإجرائى لحصانة الحكم ، وهى الفكرة التى على أساسها تتدرج قوة الحكم الإجرائية بحسب طبقة المحكمة التى أصدرته ، وموقعها بالنسبة لغيرها من المحاكم ، فالأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة ، تكون أضعف الأحكام جميعا ، لأنها قابلة للطعن بطرق الطعن العادية ، ولا يمكن الاعتماد عليها فى بدء أعمال التنفيذ الجبرى ، أما الأحكام الصادرة من قضاء الدرجة الثانية ، فإنها تكون أكثر حصانة من سابقتها ، وإن كانت حصانتها نسبية ، لأنها تكون قابلة للطعن بطرق الطعن غير العادية ، لكن هذه الحصانة تحقق لها القدر المعقول من الاستقرار ، الذى يمكن التعويل عليه فى إلحاق القوة التنفيذية بها ، أما الأحكام الصادرة عن قضاء النقض ، فأنها تكون أقوى أنواع الأحكام جميعا لأنها تحوز حصانة مطلقة ، تمنع الطعن فيها بأى طريق ، ولهذا فإنها تخضع من باب أولى ، للتنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية. وقد استبعدت فكرة التدرج الإجرائى ، من تطبيق القاعدة الوقتية ، فقد أجيز شمول الحكم الابتدائى بالتنفيذ المعجل ، رغم قابليته للطعن بطرق الطعن العادية وحتى لو تم الطعن فيه ، مراعاة لظروف الاستعجال.

وقد تناولت المادة ٤٦٥ من قانون المرافعات السابق ، معالجة فكرة التدرج ، فلا يكون من الممكن تزويد الحكم بالقوة التنفيذية ، ما لم يحز قوة الأمر المقضى ، والتى تحصن الحكم ضد الطعن

بطـرق الطعـن العاديــة ، الاســتئناف والمعارضـــة. لكــن قــانون المرافعات الحـالي ، أدخل تعديـلا علـى هذه الفكرة فى المادة ٢٨٧ مرافعات ، بحيث يكفـى لـتزويد الحكـم بـالقوة التنفيذية ، أن يكـون حكمـا انتهائيا غير قابل للطعن بالاستئناف. وهو مـا أثـار التساؤل حول التعديل الذى لحق القاعدة العادية ، وقد استقر الرأى على أنه فـى المسـائل المدنـية والـتجارية ، يكفـى أن يكـون الحكـم انتهائـيا ، لإلغـاء المعارضــة فـى هـذه المسـائل ، أمـا فـى مسـائل الأحـوال الشخصية ، والتى لم تلـغ فيها المعارضـة ، فإنـه يشـترط أن يكـون الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى ، وقد زالت هذه التفرقة بعد إلغاء المعارضـة فـى مسـائل الأحـوال الشخصـية بالقـانون رقـم ١ لسـنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضـى فـى مسائل الأحوال الشخصية وأصبح كل مـن الحكم الانـتهائى والحائز علـى قوة الأمر المقضـى لهما نفس المعنى.

وقد استبعدت فكرة التدرج الإجرائى ، من تطبيق القـاعدة الوقتية فـى المـواد من ٢٨٨ : ٢٩٠ مرافعات ، بحيث يكون شمول الحكم الإبتدائى بالتنفيذ المعجل ، رغم قابليته للطعن بطرق الطعن العادية ، إمـا بنـاء علـى أمـر مـن القاضـى متى قدر توافر الاستعجال ، وإما بقوة القانون فى عدد محدد من الحالات .

تاسعا: تعتمد القاعدة العادية فى تزويد الأحكام بالقوة التنفيذية ، فى جانـب منها عن الحد الأدنى من الحصانة الواجب توافره فى الحكم بامتناعه عن الطعن بالاستئناف(م ٢٨٧ مرافعات) ، وفـى جانـب آخر عن أقصـى مـا يكـون للحكم من حصانة ، بامتناعه عن الطعن بـأى طـريق ، واستنادا إلـى هذه القـاعدة ، فـإن الأحكـام الـتى تكـون مؤهلـة لاكتسـاب القـوة التنفيذية ، يجـب أن تكـون صـادرة من حيث المـبدأ عـن محـاكم الاسـتئناف علـى الأقـل ، لتحصـنها ضـد الطعـن

بالاستئناف ، ومن باب أولى تكون الأحكام الصادرة من محكمة النقض ، مؤهلة لاكتساب هذه القوة لأنها أقوى الأحكام جميعا و لا تكون قابلة للطعن بأى طريق ، ويستبعد من تطبيق هذه القاعدة الأحكام الصادرة ، عن محاكم أول درجة ، لأنها لا تحوز الحصانة التى تؤهلها لاكتساب القوة التنفيذية ، وأن الاعتراف لها بهذه القوة يكون على سبيل الاستثناء من هذه القاعدة.

عاشرا: تجد القاعدة العادية سندها فى فكرة التدرج الإجرائى ، لحصانة الأحكام تطبيقا للمادة ٢٨٧ مرافعات ، حفاظا على الاستقرار الواجب للحقوق ، ويعتمد هذا الأساس على مبدأ التقاضى على درجتين ، كأصل من أصول التنظيم القضائى ، فى القانون المصرى ، وهو المبدأ الذى يسمح بعرض الدعوى أمام محكمتين ، أحدهما أعلى من الأخرى فى سلم التقاضى ، تحاشيا للأخطاء وتحقيقا لعدالة الأحكام ، وأى قيد يرد على سلطة الخصوم فى هذا الشأن يعد استثناء من هذا المبدأ ، ولهذا فإن ما يصدر عن محاكم أول درجة ، غير قابل للطعن بالاستئناف ، يأتى على خلاف هذا الأصل .

ومن هذا المنطلق ، فإن الأحكام التى تكون مؤهلة لاكتساب القوة التنفيذية ، ترتبط فى القانون المصرى بقضاء الطعن ، فهو القضاء المخول قانونا إصدار الأحكام التى تخضع للقاعدة العادية ، وهى محاكم الاستئناف ومحكمة النقض ، لكن الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف بعدم القبول وبانقضاء الخصومة دون الفصل فى موضوعها ، كالحكم ببطلان الصحيفة أو بسقوط الخصومة أو اعتبارها كأن لم تكن ، لا تكون لها القوة التنفيذية ، وإن كانت تزود الحكم الابتدائى بالصفة الإجرائية التى تنقصه ، لكى يحوز القوة التنفيذية ، أما الأحكام الصادرة بإلغاء الحكم المطعون فيه ، فإنها

تكون مؤهلة لاكتساب القوة التنفيذية ، وتكون سندا تنفيذيا لإعادة الحال إلى ما كان عليه ، إذا كان الحكم الملغى قد تم تنفيذه ، لصدوره مشمولا بالتنفيذ المعجل ، كذلك فإن ما يصدر عن قضاء الاستئناف بتأييد الحكم المطعون فيه ، يكون له القوة التنفيذية لأن الأحكام الصادرة من محكمة الطعن ، هى الأساس الذى يعول عليه فى اكتساب الحكم للقوة التنفيذية ، ما لم يكن الحكم قد أحال إلى منطوق حكم محكمة أول درجة ، فتكون القوة التنفيذية للحكمين معا ، وإذا أيد قضاء أول درجة فى جزء منه فقط ، فإن القوة التنفيذية تكون لهذا القضاء بالنسبة للجزء الذى لم يكن محلا للطعن وتكون القوة التنفيذية لقضاء الاستئناف ، بالنسبة للجزء الذى تم تأييده .

لا يكون لقضاء النقض أو الالتماس برفض الطعن أو عدم قبوله ، أية قوة تنفيذية ، وتكون هذه القوة للحكم المطعون فيه ، أما قضاء النقض بنقض الحكم المطعون فيه وقضاء الالتماس بقبول الطعن وإلغاء الحكم المطعون فيه ، فإن هذا القضاء يكون له القوة التنفيذية ، ويكون هو السند التنفيذى لإعادة الحال إلى ما كان عليه إذا كان الحكم المطعون فيه قد تم تنفيذه ، ويكون لقضاء النقض بقبول الطعن والفصل فى موضوعه القوة التنفيذية.

ويستثنى من القاعدة المتقدمة ، الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة ، ولا تكون قابلة للطعن بالاستئناف ، وبالتالى تحوز الصفة التى تؤهلها لاكتساب القوة التنفيذية ، وقد أكدت المادة ٢١٩/١ مرافعات هذا المعنى ، فالأصل قابلية الحكم للاستئناف ، وصدوره غير قابل للطعن يكون على خلاف هذا الأصل ، وهو ما يكون فى حاجة إلى نص قانونى ، وقد تقرر هذا الاستثناء فى عدة حالات

منها ، الأحكام الصادرة بصفة انتهائية ، من محاكم أول درجة ، تطبيقا للمواد ٤٢ ، ٤٧ ، ٤٦ ، ٤٥٦ مرافعات ، أو لانقضاء ميعاد الطعن طبقا للمادة ٢١٥ مرافعات ، أو للاتفاق المسبق بين الخصوم تطبيقا للمادة ٢/٢١٩ مرافعات ، أو لقبول المحكوم عليه للحكم تطبيقا للمادة ٢١١ مرافعات ، أو لسقوط الخصومة في الاستئناف تطبيقا للمادة ١/١٣٨ مرافعات ، أو للتنازل عن الخصومة في الاستئناف تطبيقا للمادة ٢٣٨ مرافعات ، أو استناد الحكم إلى اليمين الحاسمة تطبيقا للمادة ١١٧ إثبات.

__حادي عشر:__ أجازت القاعدة الوقتية شمول الأحكام الابتدائية بالتنفيذ المعجل ، رغم قابليتها للطعن بطرق الطعن العادية ، وحتى مع الطعن فيها بالفعل ، ولا يكون مؤهلا لاكتساب هذه القوة ، سوى الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة دون الأحكام الصادرة عن محاكم الطعن ، وتهدف هذه القاعدة إلى مواجهة المخاطر المترتبة على تأخير التنفيذ طبقا للقاعدة العادية ، وهى القاعدة المعمول بها في الكثير من النظم المقارنة ، كالقانون اللبناني والأردني والعراقي والفرنسي. والقوة التنفيذية الوقتية هي أثر يلحق الحكم الابتدائي ، يجعله صالحا للتنفيذ الجبرى ، لكنه ما يلبث أن يزول ، إما لإلغاء الحكم من محكمة الطعن ، أو لتدخل القضاء بحمايته العادية. لكن هذا الأثر لا يلحق الحكم ، إلا إذا توافرت فيه ذات ، الشروط التي يجب توافرها في الحكم طبقا للقاعدة العادية ، عدا ما يتعلق منها بشرط الحصانة الإجرائية ، حيث يكفي أن يكون الحكم صادرا بصفة ابتدائية ، دون أن تلحقه حصانة تذكر.

ويعتمد شمول الحكم بالتنفيذ المعجل على مبدأ الطلب ، فلا يكون للقاضي إلحاق هذه القوة بالحكم من تلقاء نفسه ، ولا يقدم هذا

الطلـب سـوى أمـام محـاكم أول درجـة ، فـلا يجـوز تقديمـه فـى الاستئناف ، لكن لا يكـون هناك حاجـة لهذا الطلب ، فـى حـالات التنفيذ المعجـل الحـتمي . وتخـتص المحكمـة الـتى تـنظر الطلـب الأصلى فـى خصومة أول درجة ، بالفصل فى طلب شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، دون غيرها من المحاكم ، ويظل لها هذه السلطة حتى تمام الفصل فى الدعوى ، لكن لا اختصاص لمحكمة الطعن بهذا الطلب ، فلا يجوز تقديمه أمام قضـاء الدرجة الثانية.، وقد أدخل القـانون الفرنسـى تعديـلا علـى هذه القـاعدة ، أجاز للقاضـى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل من تلقاء نفسه ، كما أجاز تقديم الطلب لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، وأعطـى الاختصـاص بالفصل فـيه للرئـيس الأول لمحكمـة الاسـتئناف ، أو القاضــى المكلـف بتحضير الدعوى بحسب الأحوال.

يتمتـع القاضـى بسلطة تقديـرية كبـيرة ، فـى الأمـر بشـمول الحكـم بالتنفيذ المعجل ، غير مقيد فـى ذلك سـوى بتوافر شـروط الحماية الوقتـية ، مـن اسـتعجال وترجـيح لوجـود الحـق ، لكـن المشـرع افترض توافر هذه الشروط ، فى الحـالات الخاصة التى وردت فى المادة ٢٩٠ مرافعات ، وإن كان هذا الافتراض قابل لإثبات العكس لكـن لا يكـون للقاضـى هـذه السـلطة ، فـى حـالات التنفيذ المعجـل الحتمى ، فقد افترض القانون توافر هذه الشروط بقوة القانون ، ولا يكون الحكم صـالحا للتنفيذ المعجل ، مـا لـم يأمر القاضـى صـراحة بتنفيذه ، بقرار مسبب فـى منطوق حكمه ، لكن هذا القرار لا لزوم لـه فـى حـالات التنفيذ المعجل الحتمى. وقد أدخل القانون الفرنسـى ، مفهومـا جديدا اعترف للقاضـى بمقتضـاه فى خصومة أول درجة ، بحـرية واسعة فى شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، وحتى لو لم يطلب منه ذلك ، إذا قدر ضـرورة التنفيذ المعجل للحكم ، وأن يكون هذا

التنفيذ ملائما لطبيعة المسألة المعروضة عليه ، وهو ما يعتمد على القناعة الشخصية للقاضي ، ولا يكون في حاجه إلى تسبيب قراره لكن هذه السلطة تكون اكثر تقييدا أمام محاكم الدرجة الثانية ، فلا يجوز شمول الحكم دون طلب من صاحب المصلحة ، وضرورة تقدير توافر شرط الاستعجال .

والتنفيذ المعجل للحكم لا يقتصر على الطلب الأصلي وحده ، وإنما يمتد إلى ملحقاته ، كما لا يشمل سوى الشق الذى يقبل التنفيذ الجبرى من الحكم ، لكن التنفيذ المعجل قد يكون مستبعدا في بعض الحالات بنص القانون ، لكن لا يجوز للخصوم الاتفاق على شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، لأن التنظيم الإجرائي للتنفيذ المعجل لا يسمح بمثل هذا الاتفاق ، فالقانون لا يجيز شمول الحكم بالتنفيذ إلا بأمر المحكمة أو بنص القانون .

__ثاني عشر:__ وقد اعتمدت القاعدة الوقتية في شمول الحكم بالتنفيذ المعجل ، على صورتين الأولى ، تمثل القاعدة العامة ويطلق عليها التنفيذ المعجل الجوازى أو القضائي ، وتعتمد على السلطة التقديرية للقاضي ، فلا يكون الحكم مستوجبا للتنفيذ ما لم يأمر القاضي بذلك ، وبعد أن يتثبت من توافر شروط الحماية الوقتية ، لكنه مقيد بضرورة الضرر الجسيم ، وترجيح حق المحكوم له في التنفيذ السريع للحكم ، وهذه الصورة تمثل الأصل في القانون المصرى ، طبقا للمادة ٦/٢٩٠ مرافعات ، وتتسع لعدد غير محدود من الحالات ، ومع ذلك فقد احتفظ التنظيم الإجرائي في هذه الصورة ، بعدد من الحالات الخاصة ، التي تخضع للشروط السابقة ، لكن الاستعجال مفترض في بعضها وترجيح وجود الحق في بعضها الأخر ، وليس هناك ما يبرر الاحتفاظ بهذه الحالات ،

بعد القاعدة العامة التى تبناها هذا التنظيم ، وأجازت شمول الحكم بالتنفيذ المعجل فى عدد غير محدود من الحالات. والخلاف بين هذا التنظيم والقانون الفرنسى ، يكمن فى السلطات الواسعة التى يتمتع بها القاضى ، نتيجة لمرونة المعيار ، الذى تبناه القانون الجديد ، ويعتمد أساسا على التقدير الشخصى للقاضى ، لضرورة التنفيذ المعجل للحكم ، وأن يكون هذا التنفيذ ملائما لطبيعة المسألة واستبعاده لحالات التنفيذ المعجل الجوازى الخاصة .

أما الصورة الثانية وهى الصورة الاستثنائية ، فإن الحكم يكون مشمولا فيها بالتنفيذ المعجل بقوة القانون ، فى عدد محدد من الحالات ، دون أن يكون للقاضى أية سلطة تقديرية فى هذا الشأن ، ودون حاجة إلى طلب أو أمر من القاضى.

ومن هذه الحالات ، الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة(م ٢٨٨ مرافعات) ، ويتم فيها تزويد الحكم بالتنفيذ المعجل ، رغم أن هذا النوع من الأحكام لا يتضمن تأكيدا لحق واجب الاقتضاء جبرا ، وإنما يكون مبنى القضاء فيه قائم على الترجيح لحق يحتمل الوجود بحسب الظاهر ، فيظل أصل الحق كما هو إلى أن يتدخل القضاء بحمايته العادية ، ويرجع السبب فى ذلك ، إلى أن أعمال الحماية المستعجلة ، لا تتضمن فقط الأعمال التحفظية البحتة ، التى تحول دون الاعتداء على الحق ، بالتحفظ عليه مؤقتا إلى أن يزول الخطر أو يتدخل القضاء بحمايته العادية ، ولا تحتاج إلى عمل حائز على القوة التنفيذية ، ويكفى للقيام بهذه الأعمال ، مجرد الحصول على حكم ابتدائى غير جائز التنفيذ. وإنما تتضمن كذلك الأعمال الإلزامية ، والتى تهدف إلى اتخاذ تدابير وقتية صالحة للتنفيذ الجبرى ، لأن غاية الحماية الوقتية لا تتحقق إلا باتخاذها ، من

أجل الحيلولة دون وقوع الضرر ، أو منع تفاقمه بوضع حد له ، إذا كان الضرر له طابع الاستمرار أو التكرار ، وتزويد الحكم بالتنفيذ المعجل فى هذه الحالة ، تبرره الطبيعة الوقتية للحماية المستعجلة ذاتها وحاجتها إلى السرعة ، كذلك فإن الحاجة إلى السرعة هى التى تبرر ، تزويد الأحكام الصادرة فى المواد التجارية(م ٢٨٩ مرافعات)، والأحكام الصادرة بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها وبتسليم الصغير أو رؤيته فى مسائل الأحوال الشخصية(م٦٥ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠)، وكذلك الأحكام الصادرة فى مسائل الولاية على المال فى مسائل الأحوال الشخصية(م ٥٤ من قانون ١لسنة ٢٠٠٠).تكون مشمولة بالتنفيذ المعجل الحتمى.

ثالث عشر: لكى يكون التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية ملائما لتحقيق وظيفته ، فإن ذلك يقتضى تخليصه من العيوب التى تشوبه ، سواء فى صورة معوقات تؤثر على قدرته ، أو للنقص والقصور فى بعض قواعده ، ومن أهم هذه المعوقات والتى تتعلق بتحقيق الفاعلية للأحكام ، عدم تناول التنظيم الإجرائى لقاعدة الاستنفاد بالتنظيم التشريعى الصريح حتى الآن ، وهو ما يؤثر على تحديد دورها فى تحقيق قوة الأحكام ، ويساعد على الخلط بينها وبين غيرها من القواعد الأخرى ، التى تتولى أدوارا مشابهة.

كذلك فإن التنظيم التشريعى لقاعدة الحجية يحتاج إلى مراجعة ، تضع الحجية فى مكانها الصحيح فى قانون المرافعات كأثر من آثار الأحكام ، وليس كقرينة فى قانون الإثبات ، يتناول الحكم منذ لحظة صدوره ، سواء فى جانبها السلبى أو الإيجابى ، دون الربط بينها وبين قوة الأمر المقضى.

كذلك فإنه يجب معالجة حصانة الأحكام المستعجلة بنص تشريعى يضع فكرة الحكم الشرطى موضع التنفيذ ويحدد إطارها ، مسترشدا فى ذلك بآراء الفقه والحلول المطبقة فى القانون المقارن.

يجب التدخل التشريعى لتلافى العيوب القائمة فى التنظيم القائم ، بالنظر إلى القوة التنفيذية للأحكام باعتبارها أثر إجرائى للحكم ، يعد تمهيدا لبدء اجراءات التنفيذ ، وليس باعتباره جزء منها ، وهو ما يقتضى معالجته فى مكانه المناسب الخاص بآثار الأحكام ، فى الباب الرابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات. على أن تكون هذه المعالجة على نحو ، يجعل للقاعدة العامة وجودها المستقل عن القاعدة الوقتية. وأن يكون معالجة القاعدة الوقتية ، تحت عنوان التنفيذ المعجل للأحكام ، وهو ما يفيد شمول الحكم بالقوة التنفيذية ، باعتبارها قاعدة لها وجودها المستقل عن القاعدة العادية وليس استثناء عليها ، باعتبارها صورة من صور الحماية الوقتية ، فى إطار التنفيذ الجبرى ، مع تخليصها من الحالات الخاصة الواردة فى المادة ٢٩٠ مرافعات بعد أن فقدت أهميتها.

وإن كان التنظيم الإجرائى يبدو ملائما فى صورته العامة ، لتحقيق الفاعلية للأحكام فى نطاق التنفيذ الجبرى ، باعتماده القاعدة العادية التى تتطلب تحقيق استقرارا نسبيا للحكم ، يبرر خلع القوة التنفيذية عليه ، واعتماد القاعدة الوقتية إلى جوارها ، للتخفيف من أثرها فى تأخير التنفيذ ، فى الحالات التى لا تحتمل الانتظار ، وهى القاعدة التى وجدت رواجا فى القانون المقارن ، فإن الاعتماد على هذه القاعدة ، فى ظل جهاز قضائى قادر على الإنجاز السريع ، تكون هى الحل المثالى ، لكن ما أن يصاب هذا الجهاز بخلل فى حركته لأى سبب كان ، فإنها سرعان ما تفقد توازنها وتبدو عيوبها للعيان

حتى لو كان مرد العيب لأمر خارج عنها ، وهو ما يستدعى إعادة النظر فيها ، على نحو يوسع من نطاق القاعدة الوقتية ، ويعطيها مرونة اكبر فى الحركة ، حتى يتمكن هذا التنظيم من استعادة توازنه من جديد ، ويمكن الاسترشاد بالحلول المطبقة فى القانون المقارن ، والقاعدة التى تبناها القانون الفرنسى.

كانت تلك أهم النتائج التى أسفرت عنها هذه الدراسة ، فى جوانبها الإيجابية والسلبية ، وإن كان الجانب الأول لـــه الغلبة ، إلا أن تدارك النقص والقصور فى التنظيم الإجرائى لقوة الأحكام التنفيذية كفيل بتحقيق فاعلية الأحكام ورد الحقوق لأصحابها ، وهو ما يؤثر على استقرار المعاملات وعلى الازدهار فى المجتمع ، والله ولى التوفيق.

(تم بحمد الله)

قائمة المراجـــع

اللغـــة العربيـــة

أولا: المراجع العامـــة

- ***ابراهيم نجيب سعد*** : القـانون القضـائى الجـزء الأول ١٩٧٣ ، الجـزء الثانى ١٩٨٠.
- ***ابـن أبـى الـدم*** : أدب القضـاء ـ ١٩٧٨ ـ الجـزء الأول - دار الكتـب العلمية ـ بيروت.
- ***ابن عابدين*** : حاشية ابن عابدين الجزء الرابع.
- ***أحمـد أبـو الوفـا***: المـرافعات المدنـية والـتجارية ـ ١٩٨٦ ـ منشـأة المعـارف بالإسكندرية ، إجـراءات التنفـيذ ـ١٩٨٦ ، التعلـيق علـى نصـوص قـانون المـرافعات ـ الطـبعة الخامسـة ـ منشـأة المعـارف بالإسكندرية ، التحكيم الاختيارى والإجبارى - ١٩٥٨.
- ***أحمد مسلم*** : أصول المرافعات ـ ١٩٧٧ ـ دار الفكر العربى.
- ***أحمـد السـيد صـاوى*** : الوسـيط فـى قـانون المـرافعات ـ ١٩٨٧ ـ دار النهضة العربية.
- ***أحمد صفوت*** : النظام القضائى فى إنجلترا - ١٩٢٣.
- ***أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد***: بالتنفيذ علما وعملا - ١٩٢٧.
- ***أحمد ماهر زغلول*** : الموجز فى أصول وقواعد المرافعات - ١٩٩١ ، أصول التنفيذ ـ ١٩٩٤.
- ***أمينة النمـــر*** : قوانيـن المـرافعات ـ الكـتاب الأول والثالـث - منشـأة المعارف بالإسكندرية.
- ***رمزى سيف*** : الوسيط فـى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة التاسعة ـ١٩٧٠ ـ دار النهضة العربية.
- ***عبد الحميد أبوهيف*** : المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر ـ ١٩٢١ ـالجزء الأول ـ ط ٢ـ القاهرة ، طرق التنفيذ والتحفظ فى المواد المدنية والتجارية ـ ١٩١٩.
- عبد الباسط جميعى : مبادئ المرافعات ـ ١٩٨٠ ، شرح المرافعات

المدنية المبادئ العامة فى التنفيذ – ١٩٧٥ – دار الفكر العربى ، طرق وإشكالات التنفيذ - ١٩٧٥.

- *عبد المنعم الشرقاوى:* شرح المرافعات المدنية والتجارية ١٩٥٠ القاهرة.
- *عبد العزيز خليل ابراهيم بديوى:* قواعد المرافعات والقضاء فى الإسلام ١٩٧٨ – دار الفكر العربى ، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبرى والتحفظ - ١٩٨٠.
- *عزمى عبد الفتاح:* قواعد التنفيذ الجبرى – ١٩٩١ ، نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن – دار النهضة العربية.
- *على مظفر حافظ:* شرح قانون التنفيذ المعدل ١٩٦٦ مطبعة العانى بغداد.
- *فتحى والى:* الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ١٩٨٧ دار النهضة العربية ، التنفيذ الجبرى - ١٩٩٣
- *محمد وعبد الوهاب العشماوى:* قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن – الجزء الأول والثانى - ١٩٥٧.
- *محمد العشماوى:* قواعد التنفيذ فى القانونين الأهلى والمختلط – ١٩٢٧.
- *محمد حامد فهمى:* المرافعات المدنية والتجارية – ١٩٤٠ ، تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية - الطبعة الثالثة.
- *محمد عبد الخالق عمر:* النظام القضائى المدنى – ١٩٧٦ – دار النهضة العربية ، مبادئ التنفيذ - الطبعة الرابعة - ١٩٧٨ .
- *محمود محمد هاشم:* قانون القضاء المدنى – ١٩٩١ ، قواعد التنفيذ الجبرى وإجراءاته – ١٩٩١ ، والقضاء ونظام الإثبات - ١٩٨٨ .
- *محمد كمال عبد العزيز:* تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه ١٩٧٨.
- *مفلح عواد:* أصول التنفيذ وفقا لقانون الإجراء الأردنى - الطبعة الثالثة ١٩٩٢مكتبة دار الثقافة والتوزيع عمان.
- *نبيل إسماعيل عمر:* أصول المرافعات المدنية والتجارية – ١٩٨٦ منشأة المعارف.

- **هشام على صادق :** تنازع الاختصاص القضائى الدولى – ١٩٧٢.
- **وجدى راغب فهمى :** مبادئ الخصومة المدنية – ١٩٧٨ ، مبادئ القضاء المدنى ١٩٩٧ طبعة ثانية ، التنفيذ القضائى – ١٩٩٦.
- **يوسف ابو زيد:** القرارات والأحكام القضائية – ١٩٩٦.

ثانيا: المؤلفات الخاصة والرسائل

- **ابراهيم أمين النفياوى :** مسئولية الخصم عن الإجراءات – رسالة عين شمس – ١٩٨٨ ، انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة – ط ١ سنة ٢٠٠٠ ، منازعات التنفيذ الجبرى – ط ١ سنة ٢٠٠٤.
- **أحمد أبو الوفا:** انقضاء الخصومة بغير حكم – طبعة أولى ١٩٥١ ، نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – ١٩٧٧.
- **أحمد مسلم :** التأصيل المنطقى لأحوال انقضاء الخصومة مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الأول - يناير ١٩٦٠.
- **أحمد السيد صاوى:** الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه - رسالة القاهرة ١٩٧١ ، آثار الأحكام بالنسبة للغير - ١٩٧٩ ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع ١٩٨٤ ، فى الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدنى - ١٩٨٤.
- **أحمد ماهر زغلول :** الحجية الموقوفة – الطبعة الثانية ، أعمال القاضى التى تحوز الحجية - ١٩٩٠ ، أثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها – ١٩٩٢ ، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها – ١٩٩٣.
- **أحمد محمد مليجى:** ركود الخصومة المدنية – ١٩٨٣.
- **السيد عبد العال تمام:** النظرية العامة للدعاوى المرتبطة - رسالة ١٩٩١ القاهرة .
- **الأنصارى حسن النيدانى :** مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه - رسالة حقوق المنوفية - ١٩٩٦ .
- **أمينة النمر:** مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - رسالة

١٩٦٧ ، أوامر الأداء فى القانون المصرى - الطبعة الثانية ١٩٧٥.

- ***جميل الشرقاوى:*** نظرية بطلان التصرف القانونى رسالة القاهرة ١٩٥٣
- ***خميس السيد إسماعيل:*** دعوى الإلغاء ووقف تنفيذ القرار الإدارى - ١٩٩٣.
- ***رمزى الشاعر:*** تدرج البطلان فى القرارات الإدارية - رسالة عين شمس ١٩٦٧.
- ***سليمان الطماوى:*** النظرية العامة للقرارات الإدارية - ١٩٧٦.
- ***صلاح عبد الصادق:*** نظرية الخصم العارض - رسالة ١٩٨٦ - عين شمس.
- ***عبد المنعم الشرقاوى:*** نظرية المصلحة فى الدعوى – ١٩٤٧ – القاهرة ، أوامر الأداء - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٢٣ العدد الثالث والرابع.
- ***عبد الباسط جميعى :*** سلطة القاضى الولائية - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - ٦٩.
- ***عزمى عبد الفتاح :*** حق الدفاع أمام القضاء المدنى – بحث منشور فى أعمال مؤتمر حق الدفاع – حقوق عين شمس – إبريل ١٩٩٦ ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة – الطبعة الأولى – ١٩٨٣.
- ***عبد الحكم شرف:*** حجية الأحكام فى الشريعة الإسلامية – الطبعة الأولى – ١٩٨٨.
- ***عبد الحميد وشاحى:*** أوامر الأداء - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة الثانية - العدد الأول - ١٩٥٨.
- ***على مصطفى الشيخ:*** الحكم الضمنى - رسالة القاهرة - ١٩٩٦.
- ***عيد محمد القصاص:*** التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - رسالة الزقازيق ١٩٩٢.
- ***فتحى والى:*** نظرية البطلان فى قانون المرافعات – ١٩٩٧ – الطبعة الثانية قام بتحديثها – أحمد ماهر زغلول .

- ♦ ***محمود محمد هاشم:*** اعتبار الخصومة كأن لم تكن - ١٩٨١ ، استنفاد ولاية القاضي المدني – المحاماة – ١٦ – ١ – ٢.
- ♦ ***محمود السيد التحيوى:*** اتفاق التحكيم وقواعده - رسالة ١٩٩٤ حقوق المنوفية.
- ♦ ***محمد سعيد عبد الرحمن:*** الحكم الشرطي - رسالة عين شمس ١٩٩٨، القوة القاهرة فى قانون المرافعات- ط ٢٠٠٤ – دار النهضة العربية.
- ♦ ***محمد على راتب ونصر الدين كامل:*** قضاء الأمور المستعجلة – ١٩٨٥
- ♦ ***محمد عبد الجواد:*** المبادئ العامة فى التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات السودانى - مجلة القانون والاقتصاد - ٣٦ - ١٩٦٦.
- ♦ ***مصطفى مجدى هرجه:*** أوامر الأداء فى ضوء الفقه والقضاء - ١٩٨٤
- ♦ ***وجدى راغب فهمى :*** النظرية العامة للعمل القضائى – ١٩٧٤ – منشأة المعارف دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الأول – السنة ١٢ – ١٩٧٦ ، القضاء الوقتى فى قانون المرافعات مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – س١٥ – يناير ١٩٧٣ ، مفهوم التحكيم وطبيعته – حقوق الكويت الدورة التدريبية للتحكيم – ١٩٩٣ ، القضاء الوقتى فى قانون المرافعات - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - ١٥- ١ ، الاختصاص التبعى - بحث مقدم فى الندوة التى عقدتها كلية الحقوق جامعة عين شمس مع مؤسسة كونراد إديناور بالغردقة فى إبريل ١٩٨٤ .

ثالثا:الدوريات ومجموعات الأحكام

- المحاماة تصدرها نقابة المحامين – القاهرة.
- مرجع القضاء - عبد العزيز ناصر.
- مجموعة النقض - يصدرها المكتب الفنى بمحكمة النقض.
- مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض – محمود عمر.
- مجلة القانون والاقتصاد - تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – تصدرها حقوق عين شمس.

اللغة الفرنسيــــة

أولا: المراجع العامة

- ***CREMIEU (L):*** *Traité élémentaire de procédure civile, 1956.*
- ***P.CUCHE et VINCENT:*** *Procédure civile, 1963.*
- ***COUCHEZ(GERARD):*** *Procédure civile, 1986.*
- ***CEZAR- BRU :*** *Précis élémentaire de procédure civile, 1927.*
- ***CORNU et FOYER :*** *Procédure civile, 1958.*
- ***CUCHE (P.):*** *Précis de procédure civile, 1946.*
- ***DONNEIR (MARC):*** *Voies d'exécution et procédures de distribution, 1987.*
- ***DE KELLER:*** *De la procédure Civile Chez les Romains, 1870.*
- ***DUGUIT(L.) :*** *Traité de droits constitutionnels, 3ed, 1927.*
- ***GARSONNET:*** *Traité théorique et pratique de procédure, 1898, 1885.*
- ***GARSONNET et CÉZAR:*** *Traité théorique et pratique de procédure civile, t.6.*
- ***GLASSON(E.):*** *Précis théorique et pratique de procédure civile, 1902, Traité de procédure civile, 1926.*
- ***GLASSON et TISSER:*** *Traité de procédure civile, 1926.*
- ***HÉRON (J.):*** *Droit judiciaire privé, 1991.*
- ***JAPIOT (R.):*** *Traité élémentaire de procédure civile, 3ed, 1935.*
- ***MOREL (R.):*** *Traité élémentaire de procédure Civile, 1949.*

- ***M.PLANIOL, G.RIPERT**: Tr. prat. de droit civil Français, t. VII, par Esmein, 1954.*
- ***SOLUS et PERROT** : Droit judiciaire privé, t.1, 1961 t.3, 1991.*
- ***VÉRON (MICHEL)**: Voies d'exécution et procédures de distribution, 1989.*
- ***VINCENT et GUINCHARD**: Procédure civile, 20ed, 19881, 22ed, 1991.*
- ***VINCENT** : Voies d'exécution, 1981.*
- ***VIZIOZ (H.)**: Étude de procédure, 1956.*

ثانيا: المؤلفات الخاصة والرسائل

- ***R.BONNARD**: La conception matérielle de la fonction juridictionnelle, Mélangés R.Carre de Malberg, Paris 1933.*
- ***BAUGAS**: L'exécution provisoire: Étude pratique de jurisprudence, éd-Cujas 1985.*
- ***BERTIN**: Le petit nöel du procédure: GAZ. PAL 1974, 1, Doctr. 149.*
- ***CREMIEU (L.)**: La justice privée, son évolution dans la procédure Romain, Thèse Paris 1908.*
- ***DEL VECCHIO** : La justice – La vérité, Paris 1955.*
- ***ESMEIN (P.)**: Les effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création de droits, Thèse, Paris 1914.*
- ***FERRAND**: L'exécution provisoire des décisions, GAZ. PAL. 1987, Doct. 370.*
- ***F.FOYER**: De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Essai d'une définition, Thèse Paris 1954.*

- ***FRANCES (M.):*** *Essai sur la notion d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé, Thèse, Toulouse 1935.*
- ***JULLIEN:*** *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, Thèse Bordeaux, 1931.*
- ***HANINE:*** *Le droit de l'exécution dans la nouveau code, J.C.P.76, 1, 2756.*
- ***HÉBRAUD:*** *Commentaire de la loi du 23 mai 1942 sur l'exécution provisoire des jugements : D.C.1942, legisl. 61.*
- ***Kohl (Alphonse): Procès civil et sincérité, Liège 1971.***
- ***LE GALL (Erwan) : Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité, Thèse Paris 1967.***
- ***LOYER LARHER: La réforme de l'exécution provisoire. GAZ. PAL. 1976, 2, Doct. 586.***
- ***LACOSTE: De la chose jugée, 3ed. 1914.***
- ***MARTIN: Les contradictions de chose jugée, J.C.P. 1979. 1. 2938.***
- ***MELINESCO: Études sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, Thèse Paris 1913.***
- ***MIGUET (JAQUES): Juris-Classeur, Procédure civile.***
- ***MONTAGNE : De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile, Thèse Paris 1912.***
- ***MAZEAUD (L.): De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit, Rev. trim. 1929. p. 17.***
- ***MICHAUD (J.):*** *La notion d'urgence en droit judiciaire, Thèse, Paris 1954.*

- ***MOHAMED*** *(Abdel-khalk Omar) : La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, Paris 1967.*
- ***NORMAND (Jaques)*** *: Le juge et le litige, préface de R. Perrot, Paris 1956.*
- ***PERROT (Roger)*** *: Production forcé des pièces, Rev. trim. 1975 chron.- 780.*
- ***H.ROLAND****: Chose jugée et tierce opposition préface Stark, Lyon, 1958.*
- ***J.VIATTE****: Péremption d'instance, caducité et radiation, GAZ. PAL. 1974 (1er sem.) p. 372, La suppression du contrôle de l'exécution provisoire, GAZ. PAL. 1974, 1. Doctr. 463.*

ثالثا: الدوريات ومجموعات الأحكام

- ***DALLOZ = Recueil périodique (D.P.).***
- ***DALLOZ = Recueil hebdomadaire (D.H.).***
- ***GAZETTE DU PALAIS = (GAZ. PAL.).***
- ***JURIS CLASSEUR PÉRIODIQUE (La semaine juridique J.C.P.).***
- ***Revue TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL = (Rev. trim.).***

المحتويات

رقم الايداع ٧٢٨٩/ ٢٠٠٥
الترقيم الدولى
I.S.B.N. 977/04/4743/9